Der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen im heutigen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Max Fraenkel,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Königlichen Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Correferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0175

Literaturverzeichnis.

Adler: Realkontrakte und Vorverträge. In Iherings Jahrb., Bd. 31.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., 1889.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., 1873.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1903.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1900.
— Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, 1897.
Danckwardt: Nationalökonomie und Jurisprudenz, 1857, Heft 3.
Degenkolb: Der Begriff des Vorvertrags, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 71.
Demelius: Realkontrakte im heutigen Recht. In Iherings Jahrb. Bd. III.
Dernburg: Lehrbuch der Pandekten, 1903.
— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. II, 1897.
— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, 1901.
Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts, 1866.
Eisele: Ueber Realkontrakte. In der Zeitschr. f. Schweizer Recht, n. F., Bd. III.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1903.
Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 1909.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1908.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, in Seuff. Arch.
Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1909.
Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., Bd. I, II, 1897.
Förster: Theorie und Praxis des Preussischen Privatrechts, 1873.
Geiler: Im österreichischen Zentralbl. f. d. jur. Praxis, Bd. I.
Gerber: System des deutschen Privatrechts, 4. Aufl.
Gierke: Schuld und Haftung, 1910
Göppert: Ueber den Begriff des Vorvertrags, in der krit. Vierteljahresschrift v. Brinz, Bd. 14.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts II, 1885.
Heyse: Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts, 1807.
Höniger: Zum Vereinbarungsdarlehen, im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 33.
Keller, von: Lehrbuch der Pandekten, 1866.

Kipp: Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen. Aus der Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolph v. Iherings 50jährigem Doktorjubiläum 1892.
Kohler: Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht, 1883.
— Das Konsensualdarlehen, im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. II.
— Das Vereinbarungsdarlehen, im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 33.
Lammfromm: Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I, 1900.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, II, 1888.
Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1907.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung (BGB.).
Protokolle zum Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts, Bd. I, 1866.
Puchta: Vorlesungen, Bd. II, 5. Aufl., 1863.
Rath, Jos., Vorverträge nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, Erlangen 1906.
Regelsberger: Zivilrechtliche Erörterungen, Heft 1, 1868.
— In W. Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. III, 1888.
Reinhold: Natur der sog. Realkontrakte, 1888.
Scherer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.
Schey, von: Die Obligationenverhältnisse des österreichischen Privatrechts, Bd. I, 1890.
Schlossmann: Ueber den Vorvertrag bei den sog. Realkontrakten, in Iherings Jahrb., Bd. 45.
Schollmeyer: Kommentar zu den Schuldverhältnissen, 1899—1900.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, 1861.
Sohm: Institutionen des Römischen Rechts, 1899.
— Das Recht der Eheschliessung, 1875.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IIb, 1906.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Heft 1, Jena 1903.
Storch: Der heutige insbes. landrechtl. Darlehnsvertrag, 1878.
Suffrian: Pactum de mutuo dando, 1866.
Thöl: Handelsrecht, Bd. I, II, 6. Aufl., 1887.
Unger: Realkontrakte im heutigen Recht, in Iherings Jahrb., Bd. VIII.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 1869.
Willy Wommelsdorff-Friedrichsen: Vorverträge und Realkontrakte, Jena 1909.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., 1887.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts mit Zusätzen von Th. Kipp, 8. Aufl., 1900.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Geschichtliche Einführung 9

I. Teil.

A. Gibt es noch einen Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen? 13
1. Die Bedeutung der res 13
2. Geschäftszweck der Realverträge 19
3. Ergebnis 22

B. Die Realverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch 25
1. Leihe 25
2. Darlehen 28
3. Verwahrung 29

II. Teil.

Kann ein Vorvertrag in Verbindung mit dem ihm folgenden Realvertrag als einheitlicher Konsensualvertrag aufgefasst werden?

A. Allgemeines 31
1. Begriff des Vorvertrages 32
2. Abgrenzung gegen ähnliche Rechtserscheinungen . . 34
3. Formerfordernisse und Inhalt 36
4. Ort und Zeit der Leistung 41
5. Ziel des Anspruchs aus einem Vorvertrage und gerichtliche Durchführung desselben 42

B. Vorverträge zu Realverträgen 47

III. Teil.

Praktische Konsequenzen der verschiedenen Auffassungen 53

Schluss 58

Geschichtliche Einführung.

Im römischen Recht galt nicht jedes beliebig abgegebene Schuldversprechen als rechtlich erheblich und klagbar, sondern es musste vielmehr ein bestimmter Rechtsgrund hinzukommen — causa civilis —, damit die Klagbarkeit des Versprechens begründet wurde. Es gab vier solcher Gründe, auf welche die römischen Juristen die Kontraktsobligationen zurückführten, und mit Rücksicht darauf unterschied man vier Arten von vollgültigen obligatorischen Verträgen:

Verbalkontrakte. Hier war es der Gebrauch bestimmter Wortformeln, z. B. spondesne? spondeo, der eine Bindung erzeugte.

Literalkontrakte. Bei ihnen wurde durch Eintragung in Rechnungsbücher (literae) ein selbständiger Verpflichtungsgrund erzeugt.

Realkontrakte, bei denen die Hingabe einer Sache (res) Voraussetzung der Klagbarkeit war.

Konsensualkontrakte. Hier genügte ausnahmsweise der Konsens allein, um Klagbarkeit zu bewirken. Vgl. hierzu 1, 2 J. de obligationibus III, 13. harum (sc. obligationum quae contractu fiunt) aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut literis aut consensu.

Die Realkontrakte teilte die römische Rechtswissenschaft wieder in zwei Arten ein:

a) die Nominatrealkontrakte oder benannte Realkontrakte; von diesen hatte jeder einen besonderen juristischen Namen und jeder seine eigene Klage.

b) die Innominatrealkontrakte oder unbenannte Realkontrakte. Sie führten keinen besonderen Namen, und auf deren Erfüllung ging eine für alle möglichen Fälle gemeinsame Klage: die actio praescriptis verbis. Fälle dieser Kontraktsart waren besonders der Trödelvertrag — contractus aestimatorius — und der Tausch — permutatio —.

Zu den eigentlichen benannten Realverträgen zählte man das Darlehen — mutuum —, die Leihe — commodatum —, die Verwahrung — depositum — und den Faustpfandvertrag — pignus —.

Das römische Kontraktensystem war also, von wenigen Ausnahmen abgesehen, von dem Prinzip der Notwendigkeit der Form beherrscht. Ob es im alten deutschen Vertragsrecht Formen gegeben hat, die einer Willenserklärung die ihr sonst fehlende Wirkungskraft verliehen haben, war Streitfrage. Sohm[1]) hat z. B. in voller Schärfe die Ansicht vertreten, dass das deutsche Recht zur Gültigkeit eines Schuldvertrages entweder eine bestimmte Form oder die von einer Seite bereits erfolgte Erfüllung verlangt und somit nur Formal- und Realverträge gekannt habe. Nach Aufdeckung der Unterscheidung von Schuld und Haftung hat sich jedoch herausgestellt, dass die Formen, die für Schuldvertragsformen angesehen wurden, gar nicht die Funktion hatten, eine Schuld zu begründen, sondern Haftungsbegründung bezweckten. Den Standpunkt, dass eine Schuldbegründung durch formloses Geben und Nehmen eines Versprechens zustande kam, vertritt besonders Gierke,[2]) indem er sagt:

„Es war altgermanische Auffassung, dass das schlichte Wort bindet."

Nachdem aber im Mittelalter unter dem Einflusse des kanonischen Rechts die Klagbarkeit der nuda pacta

---

[1]) Sohm: Das Recht der Eheschliessung, S. 24 ff., 1875; ebenso Heusler, Inst. II, S. 228 ff.

[2]) O. Gierke, Schuld und Haftung, S. 120 ff., 1910.

sich eingeführt hatte, und die Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge auf dem Wege des Gewohnheitsrechts in die gemeinrechtliche Praxis übergegangen war, tauchte die Frage auf, ob die römischen Realkontrakte ihren Charakter noch beibehalten haben, oder ob sie schon mit dem consensus beiderseitig klagbar geworden seien, sodass es also nicht mehr erst der Hingabe der res bedurfte, um auf die Gegenleistung klagen zu können.

Die Wissenschaft des gemeinen Rechts weist bezüglich der Fortexistenz der Realverträge die verschiedensten Ansichten auf. Brinz[1]) und Windscheid geben ein Fortbestehen der Realverträge zu, indem sie behaupten, dass der re-Obligierte in der res den Beweggrund oder den Anlass hat, sich obligieren zu lassen. Dabei wurde die obligatorische Willensübereinkunft, die jedem Realvertrag innewohnt, als Modus also Beschränkung der Leistung aufgefasst.

Adler[2]) führt aus, dass die Eigenschaften eines Realkontrakts von der Rechtsordnung jedem Kontrakte willkürlich beigelegt oder entzogen werden können. Es ist demnach von einer begrifflichen oder physischen Notwendigkeit der Behandlung bestimmter Kontrakte als Realkontrakte keine Rede mehr. Nur der Grund, bei Verträgen auf Rückleistung praktisch absurde Konsequenzen zu vermeiden und dem Parteiwillen gerecht zu werden, zwinge zu deren Behandlung als Realkontrakte.

Dernburg[3]) verteidigt die Realkontrakte mit dem Hinweis, es entspreche der Auffassung des Verkehrs und des Lebens, dass sich Verbindlichkeiten wegen Darlehen, depositum, commodat erst an die Empfangnahme knüpfen.

Ein weiteres Eindringen in die Streitfrage im gemeinen Recht erübrigt sich hier an dieser Stelle, da im Laufe der folgenden Abhandlung notwendiger Weise auf die ver-

---

[1]) Brinz, Pand. II, § 248; Windscheid, Pand. II, Anm. 5 zu § 312.

[2]) Adler, in Iherings Jahrb., Bd. 31, S. 212.

[3]) Dernburg, Pand. II, § 8.

schiedenartige Stellung, die die gemeinrechtliche Wissenschaft zu der Frage der Realverträge einnimmt, eingegangen werden muss. Jedenfalls zeigt sich aus dem bisher Gesagten, dass man sich über die Fortexistenz und über die Natur dieser Verträge nicht einig gewesen ist.

Auch nach ALR. ist die Frage streitig; hier sind es besonders Dernburg[1]) und im Wesentlichen auch Storch,[2]) die beide den Standpunkt der Realvertragstheorie einnehmen, ohne von Angriffen der entgegengesetzten Richtung verschont geblieben zu sein.

Für das BGB. ist nun die Streitfrage von neuem entbrannt; da jedoch die heutige Wissenschaft sich mit ihr bisher in noch nicht sehr ausgedehntem Masse beschäftigt hat, dürfen wir, wenngleich sich die folgende Abhandlung in erster Linie auf das Recht des BGB. bezieht, es uns nicht genügen lassen, nur die Literatur des BGB. heranzuziehen, sondern wir werden auch die frühere, besonders die gemeinrechtliche berücksichtigen müssen, da sie in ihrer Bedeutung kaum etwas eingebüsst hat.

---

[1]) Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. II.

[2]) Storch, Der heutige insbes. landrechtl. Darlehnsvertrag, 1878.

I. Teil.

A. Gibt es noch einen Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen?

1. Die Bedeutung der res.

Der Begriff „Realvertrag" setzt sich aus zwei juristischen Bestandteilen zusammen:

consensus — die Willensübereinkunft der Parteien;
res — die Realleistung, die Hingabe einer Sache, die zur Begründung der Realverträge diente.

Res und consensus, diese beiden Momente sind es also, die den Realvertrag ausmachen, und es genügt nicht, dass einer dieser beiden Bestandteile fehlt. Dass der Konsens nicht fehlen kann, ergibt sich aus ganz natürlichen Gründen; denn eine Willensübereinkunft muss jedem Vertrag irgendwelcher Art innewohnen. Aber der Konsens allein kann auch nicht genügen, denn sonst wäre die Bezeichnung der in Betracht kommenden Verträge als „Real-Verträge" eine ebenso willkürliche wie unbegreifliche. Die res gehört demnach im römischen Recht zur Perfektion des Geschäfts. Sie muss vorhanden sein, um eine Klagbarkeit des Versprechens herbeizuführen.[1]) „Re contrahitur" „die res ist das Bindemittel, zu ihr kommt das Versprechen, nicht die res zum Versprechen, ein übereinstimmender Bindungswille muss also ebenfalls vorhanden sein, und dieser lehnt sich an die res als seine materielle Grundlage an." Für das

---

[1]) Unger, in Iherings Jahrb., Bd. 8, S. 3.

römische Recht, sagt Adler[1]) treffend, ist die res Existenzerfordernis, sie ist ein Formerfordernis, dessen Fehlen das Geschäft nicht existent werden lässt.

Für unser heutiges Recht kann die reale Hingabe nicht mehr als ein den Vertrag ausmachendes Formrequisit betrachtet werden, denn heute ist die prinzipielle Klagbarkeit des nudus consensus anerkannt. Die Uebergabe ist daher heute kein Formale mehr, sie ist vielmehr nur „ein materielles Erfordernis zur Entstehung der Schuldverbindlichkeit".[2])

„Die res ist kein formelles, sondern materielles Erfordernis des Vertrags".[3]) Die Frage, worin der tiefere Grund für diesen Satz zu suchen sei, ist in der Literatur Gegenstand eines bis jetzt noch nicht gelösten Streites gewesen. Die eine Meinung zog zur Begründung der Frage die Naturnotwendigkeit heran. „Die Rückgabe setzt Hingabe voraus, ohne Hingabe keine Rückgabe, demnach Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe Verpflichtung zu etwas Unmöglichem".[4]) Gegen diese Ausführung wendet sich Adler[5]): „Allerdings wird sich bei der Verpflichtung zur Rückleistung sehr oft die Anwendbarkeit des Grundsatzes ergeben, dass, wer auf Leistung einen Anspruch hat, diesen solange nicht geltend machen kann, als er nicht das Seinige dazu tut, um die Erfüllung zu ermöglichen, dass also, wer eine Rückleistung fordern will, zur Leistung bereit gewesen sein muss. Damit ist aber ebensowenig gesagt, dass die Rückleistungspflicht nicht schon vor der Leistung besteht, wie aus dem Umstand, dass man eine Uhr, die man nicht in Händen hat, auch nicht reparieren kann, folgt, dass eine Verpflichtung des Uhrmachers vor Uebergabe der Uhr nicht bestehe. Es begegnet hier immer wieder die Verwechslung der Pflicht,

[1]) Adler, a. a. O., S. 192.
[2]) F. Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. R., Bd. I, § 104; IIb.
[3]) Puchta, Vorl., Bd. II, § 250.
[4]) Eisele, Zeitschrift f. Schweizer R., n. F., Bd. III, S. 16 f.
[5]) Adler, a. a. O., S. 194.

früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der früher als ein bestimmter Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung; erstere ist oft unmöglich, letztere stets möglich". Auch Brinz[1]) sieht kein logisches Hindernis darin, sich zu einer Rückleistung zu binden, bevor die Vorleistung erfolgt ist. Es ist daher die Ansicht Eiseles, wonach Verpflichtung ohne Hingabe Verpflichtung zu etwas Unmöglichem ist, als unzutreffend zu bezeichnen.

Eine fernere Meinung sieht das Charakteristische der res darin, dass sie hingegeben werde unter dem Modus der Verpflichtung zur Rückgabe. Die durch die Hingabe der res hervorgerufene Wirkung wird eingeschränkt durch die Restituierungspflicht und deren Begleitumstände. Dieser Ansicht, die besonders von Brinz vertreten wird, scheint sich auch Windscheid[2]) anzuschliessen, wenn er behauptet: „Der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit die Auflage der Verpllichtung an." Es scheint mir jedoch unmöglich, das, was hier vorliegt, unter den Gesichtspunkt eines Modus zu bringen, es sei denn, dass unter dem Begriff Modus etwas anderes verstanden wird, als was bisher darunter verstanden wurde. Der Modus, wie man ihn bis jetzt verstand, tritt hinzu zu Vermögenszuwendungen, die ihre kausale Bestimmtheit schon haben, z. B. Schenkungen oder Vermächtnisse. Der Modus ändert diesen ihren juristischen Charakter nicht im Geringsten. Sie sind mit einem Modus juristisch nicht mehr und nicht weniger als Schenkung, als Vermächtnis zu charakterisieren, wie ohne einen solchen. In unsern Fällen dagegen würde der Modus der an sich charakterlosen traditio einen juristischen Charakter erst verleihen müssen; ja, wenn wir wie die Römer unter dem Wort datio Eigentumsverschaffung verstehen, so würde der angebliche

[1]) Brinz, Krit. Bl., Bd. I, S. 25.
[2]) Windscheid, Pand. II, § 312, Anm. 4.

Modus nicht bloss über den juristischen Charakter der datio, sondern vor allem darüber entscheiden, ob überhaupt eine datio vorliegt. Ein ferneres Bedenken wird erregt, wenn man die Gegensätzlichkeit des praktischen Erfolges betrachtet, der in dem einen und in dem andern Falle bezweckt wird. Der Modus gesellt sich zu einer Vermögensbewegung, die als eine definitive gemeint ist; ein Rückgängigwerden der Vermögenszuwendung kommt nur unerwünschter Weise, nämlich nur dann in Frage, wenn der Empfänger dem Modus zuwiderhandelt. In unseren Fällen dagegen ist der Modus von der Art, dass er gerade auf künftige Rückgängigmachung der stattgebabten Vermögensbewegung geht; wenn der Empfänger dem Modus gemäss handelt, bringt er in das Vermögen des Gebers zurück, was aus demselben früher an ihn gekommen ist. Beim pignus muss die Theorie vom modus ad restituendum ganz versagen,[1]) weil in vielen Fällen die Rückgabe des verpfändeten Gegenstandes nicht erfolgt, und diese Möglichkeit von vornherein von den Parteien ins Auge gefasst worden ist. Aus all dem Gesagten ergibt sich die Unmöglichkeit, die obligatio ad restituendum als Schranke, als Verminderung des eingeräumten Rechts zu denken. Die Uebertragung der Valuta beim Darlehen zum Beispiel geschieht zu unbeschränkter Herrschaft, d. i. Eigentumsherrschaft. Ein interimistisches oder revokables Eigentum galt aber schon den römischen Juristen für unzulässig, und auch bei Leihe usw. ist die Restituierungspflicht als Modus der res aus den eben angeführten Gründen zurückzuweisen. Die Rückleistungspflicht ist m. E. lediglich aus dem Konsens der Parteien abzuleiten; dadurch, dass das beabsichtigte Geschäft sich als Darlehen, Leihe, Verwahrung oder Faustpfand darstellt, ist ohne weiteres ausgesprochen, dass diese Verträge ihren stereotypen Verlauf nehmen sollen, wozu auch die dereinstige Rückgabe der hingegebenen Sache gehört. Auf den Boden der Brinz'schen Theorie hat sich

[1]) Schlossmann, in Iherings Jahrb., Bd. 45, S. 45.

auch Unger[1]) gestellt, wobei er dieselbe aber nicht unerheblich modifiziert. Ein wahrer Modus komme nur bei freigebigen Zuwendungen vor, von diesem Gesichtspunkt aus beantwortet er die Frage nach der Fortexistenz der Realverträge dahin: „Wo das ganze Geschäft nur einen Vorteil des Empfängers bezweckt, findet auch heut noch das re contrahere statt, und hier erweist sich die Verpflichtung als eine mit der Gabe verbundene Last, als eine mit dem Vorteil verknüpfte Beschwerung; in allen übrigen Fällen wird das Geschäft heute nudo consensu geschlossen. Commodatum, das unverzinsliche Darlehen und der Pfandkontrakt sind demzufolge heute noch Realverträge, während depositum, das verzinsliche Darlehen, als Konsensualverträge anzusehen sind. Diese modifizierte Brinz'sche Theorie ist denselben obigen Bedenken ausgesetzt, wie die reine von Brinz. Eine Auffassung, die im Prinzip sich als unrichtig erweist, gewinnt nichts durch Einzelkorrekturen. Da die res von so grossem Einfluss ist, dass sie einer Kategorie von Verträgen ihren charakteristischen Namen gibt, so muss sie doch von irgend einer Bedeutung für das materielle Vertragsverhältnis sein. Diese liegt m. E. in folgendem: Wir haben gesehen, dass sich die Eigenart der res weder auf die Naturnotwendigkeit zurückführen lässt, noch dass sie hingegeben wird, beschränkt durch den Modus der Rückgabe. Es bleibt daher nur der Konstruktionsversuch übrig, der die eigentümliche Wirkung der res auf die besonderen Bestimmungen des bestehenden Rechts zurückführen will. Dass der Gesetzgeber die Realverträge bei Seite schaffen kann, haben einige behauptet im Gegensatz zu denjenigen, die die Natur der Realkontrakte nicht verloren gehen lassen wollen, weil sie zu tief in der Sache selbst begründet sei. Warum sollte jedoch der Gesetzgeber nicht verordnen können, dass die Realverträge von nun als nudo consensu geschlossen zu betrachten seien! Ob eine derartige Verordnung jedoch Zweckmässigkeits-

[1]) Unger, in Iherings Jahrb., Bd. VIII, S. 14.

gründe haben würde, wird wohl kaum angenommen werden können. Die Anschauung hat sich im praktischen Leben zu tief festgesetzt, dass ein Darlehen erst mit der Hingabe zustande kommt, dass erst mit der Hingabe die Verpflichtung zur Entstehung gelangt. Also einem gesunden Verkehrsbedürfnisse dienen die Realverträge. Dieser Faktor und vielleicht auch das mitwirkende Bestreben, die „Unkraft des reallosen Wortes“[1]) durch eine konkrete Gestaltung zu heben, dürften die Gründe sein, welche die Fortexistenz der Realkontrakte bewirken.

Die beiden Elemente, die den Begriff des Realkontraktes ausmachen, sind, wie wir oben gesehen haben, res und consensus; keines von beiden Momenten kann man sich hinwegdenken, ohne dass der ganze Begriff entfällt. Es fragt sich, welchem von beiden Bestandteilen hauptsächlich die Verpflichtungskraft innewohnt. Brinz[2]) legt das Hauptgewicht auf die res, indem er behauptet: „Die datio ist caput et fundamentum des Geschäfts; die Verpflichtung, die nur der res wegen da ist, lässt die Bedeutung der conventio nur als eine geringe erscheinen. Storch[3]) andererseits legt das Hauptgewicht auf die Einigung der Parteien und sieht in der Hingabe der Sache nur eine ausdrückliche Genehmigung der stillschweigend geschehenen Einigung. Jedoch weder die eine Ansicht noch die andere ist zu billigen, denn beide fallen in Extreme. Eine richtige und m. E. eine befriedigende Lösung der Frage gibt Eisele,[4]) wenn er sagt, dass res und consensus nicht nebeneinander, sondern ineinander stehen; es ist nicht richtig, den Realvertrag in einen Konsensualvertrag und dessen sofortige Erfüllung aufzulösen; wie kann denn auch die Hingabe als Erfüllung angesehen werden! Wenn A. dem B. ein Darlehen in Höhe von 100 Mark gibt, besteht da, wenn nicht gerade vorher bindende Ver-

[1]) Kohler, Arch. f. Bürgerl. R., Bd. II, S. 211.
[2]) Brinz, Krit. Bl., S. 29; Pand., Bd. II, S. 135 ff.
[3]) Storch, a. a. O., S. 56.
[4]) Eisele, a. a. O., S. 10 f.

abredungen getroffen worden sind, eine Verpflichtung des A. zur Hingabe? A. ist ja dem B. nichts schuldig gewesen, ohne Schuld aber keine Verbindlichkeit, mithin Hingabe ohne Schuld euch nicht Erfüllung einer Verbindlichkeit. Kohler[1]) sagt: „res und obligatio stehen miteinander in einem Abhängigkeitverhältnis derart, dass die Gültigkeit des einen Elements von der des andern abhängt (Synallagma)". Man könne allerdings zu Folgerungen kommen, die nicht erwünscht wären und eine solche Komplikation beider Elemente nicht als angemessen erscheinen lassen. Jedenfalls könne man sich dagegen dadurch helfen, dass man das Band des Synallagmas lockere und die zwei Glieder selbständiger gestalte.[2]) „Das Band des Synallagmas ist kein Ding, welches man wie einen Sattelriemen nach Bedürfnis lockern oder fester schnüren kann, andererseits sind auch die Glieder eines Synallagmas und ihr Verhältnis vom objektiven Recht nicht so verlassen, dass man sie nach Belieben selbständiger oder unselbständiger gestalten könnte." Eine Einteilung in engeres und weiteres Synallagma erscheint auch überflüssig, wenn uns eine so prägnante Bezeichnung wie „Realkontrakt" überliefert ist. Hingabe ist bei den Realkontrakten Voraussetzung für die Rückleistung, aber nicht Gegenleistung. Kohlers Ansicht ist übrigens auch zutreffend von v. Schey[3]) widerlegt worden. Wir kommen mithin zu einer scharfen Trennung zwischen Real- und Konsensualverträgen.

2. Geschäftszweck der Realverträge.

Fragen wir nun, welches Merkmal es ist, das die Realverträge aus der Masse der andern Verträge abhebt, so finden wir Antworten verschiedensten Inhalts hierauf. Eine weitgehende Meinung ist die, welche den typischen Geschäftszweck bei den Realverträgen in der Rückgabe

[1]) Kohler, Arch. f. Bürgerl. R. II, S. 212.
[2]) Adler, a. a. O., S. 201.
[3]) v. Schey, Die oblig. Verh. d. österr. Pr.-R., Bd. I, S. 34.

des Hingegebenen sieht.[1]) „Der Hinterlegungsvertrag verpflichtet einzig und allein den Depositar zur Rückgabe. Die Aufbewahrung ist nur insofern geschuldet, als sie dazu gehört, dass die Sache seinerzeit unversehrt zurückgegeben werden könne.“ Ob es dem Deponenten bei Abschluss des Verwahrungsvertrages lediglich darum zu tun ist, die zu hinterlegende Sache nach einer bestimmten Zeit zurückzubekommen, oder ob es ihm nicht vorzugsweise darauf ankommt, dass die betreffende Sache ihm auf bestimmte Zeit aufbewahrt wird, sei es aus diesem, sei es aus jenem Grunde, vielleicht, um ein einfaches Beispiel zu wählen, weil er in seinem Hause keinen Platz hat, so muss doch die Frage m. E. in letzterem Sinne beantwortet werden. Die Aufbewahrung ist das wesentliche beim Verwahrungsvertrag, und an sie lehnt sich erst die Rückgewähr des Depositars an. Treffend sagt Brinz,[2]) dass, wenn eine Sache nur in der Absicht hingegeben werde, sie nachher wieder zurückzubekommen, es dann doch geratener wäre, sie gleich daheim zu behalten. Ein Darlehen wird nicht in der Absicht hingegeben, dass der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet wird. Keine Sache wird deswegen zur Benützung, zur Aufbewahrung, zu pfandgerechter Sicherheit hingegeben, damit sie zurückgegeben wird. Bei einer Hingabe kann Rückgabe nicht der Zweck sein, denn sonst fände die Hingabe ja nicht statt; ein solcher Zweck lässt diese Handlung gar nicht aufkommen. Das Charakteristische bei der Leihe ist die unentgeltliche Benützung von Objekten zum Gebrauch für eine bestimmte Zeit oder für eine aus der Art der zugestandenen Nutzung sich ergebende Dauer; das Darlehen ist dazu bestimmt, dem Empfänger zeitweilig die Nutzung einer Kapitalsumme derart zu gewähren, dass er Eigentum und freie Verfügung über das Geliehene erhält. Es ist also m. E. nicht zutreffend, wenn man den Zweck der Realverträge lediglich die Rückgabe des Empfangenen sein lässt. Degen-

[1]) Demelius, in Iherings Jahrb., Bd. III, S. 406.
[2]) Brinz, Krit. Bl., S. 28.

kolb[1]) vertritt diesen Standpunkt: „Realverträge bestimmen sich gar nicht durch ihre Form, sondern durch ihren spezifischen Willensinhalt; der spezifische Willensinhalt der benannten Realverträge ist: etwas Gegebenes zurückzugeben." Derselben Ansicht huldigt auch Endemann[2]): „Die Formgebundenheit (ergänze: res) gehört insofern zum Aufbau dieser Schuldvertragsarten, als hier erst aus dem Empfangen der Leistung die Pflicht zur Rückgabe entsteht, und weil der Inhalt der Verpflichtung in dieser Rückgabepflicht aufgeht, deren Umfang gleichzeitig durch das Empfangen massgebend bestimmt wird." Dass das wesentliche Merkmal der Realverträge nicht in der Beschaffenheit der durch sie begründeten Obligation, nämlich der Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen res beruhen kann, sagt Schlossmann[3]): „Dieses wäre ein rein äusserliches Moment zum Ausgangspunkt für die Gruppenbildung, denn:

1. Die Rückgabepflicht wird zu sehr in den Vordergrund gestellt.
2. Die Rückgewähr unterbleibt gewöhnlich beim Faustpfand.
3. Hingabe und Rückgabe kommen auch in anderen Vertragsverhältnissen vor, so z. B. bei der Miete, der Gesellschaft usw."

Wenn trotz alledem die Rückgewähr der empfangenen Sache als Hauptverpflichtung der Realverträge angesehen wird, so tut man dieses lediglich aus traditionellen Gründen, man wird dabei jedoch nicht verkennen müssen, dass damit eine befriedigende Antwort auf die Frage des Zwecks der Realverträge nicht gegeben sein kann, sondern dass es sich hierbei lediglich um eine juristische Festlegung der Pflichten des Empfängers handelt.

---

[1]) Degenkolb, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 71, S. 39 f.
[2]) Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. R., § 104, 2b.
[3]) Schlossmann, a. a. O., S. 41 ff.

3. Ergebnis.

Haben wir nun die innere Natur der res festgestellt und gesehen, dass sie im römischen Recht Existenzerfordernis gewesen ist, ein Formale, das zur Begründung der Klagbarkeit von zwingender Notwendigkeit gewesen ist, haben wir andererseits gesehen, dass die res heute als lediglich materielles Erfordernis zum Schuldversprechen hinzutritt, so können wir die Frage nach dem Fortbestehen der Realverträge auch nur in letzterer Bedeutung der res bejahen. Sie sind also freilich in anderm Sinne Realkontrakte als in Rom. Brinz[1]) meint: „Im heutigen Recht ist nun aber die Ausnahme (erg.: Verpflichtungskraft des blossen Konsenses bei Verträgen) zur Regel geworden; die obligatorische Kraft des Vertrages ist von Rechts wegen nirgends durch eine gewisse Form oder eine reale Unterlage bedingt. Allein, nichts steht im Wege, dass die Parteien eine gewisse Form belieben, nichts steht im Wege, dass sie sich anders als auf Grundlage oder aus Anlass einer res nicht obligieren mögen; den entgegengesetzten Theorien zum Trotz bestehen gleichwohl die Realkontrakte fort."

Ob ein Fortbestehen der sog. römischen Innominatkontrakte anerkannt werden kann, wird mit der herrschenden Meinung verneint werden müssen. Wenn auch Brinz[2]) energisch für das Fortbestehen der benannten wie der unbenannten Realverträge eintritt, so ist ihm mit Recht vorzuwerfen, dass er[3]) „den faktischen Anfang der Obligation mit dem juristischen Beginn derselben verwechsele, das Zufällige mit dem Notwendigen. Die Frage ist nicht die, ob jene Geschäfte, z. B. der Tausch, auch heutzutage mit der Hingabe beginnen können, sondern ob sie damit beginnen müssen. Dass ein Konsensualvertrag gelegentlich einmal oder vielleicht auch häufig mit der

[1]) Brinz, Pand. II, 1, S. 138.
[2]) Brinz, Krit. Bl., Bd. I, S. 33, 34.
[3]) Unger, a. a. O., S. 7.

Hingabe beginnt, ändert nichts an dem juristischen Wesen dieses Vertrages".

Im gemeinen Recht war ein heftiger Gegner für das Fortbestehen der Realverträge Reinhold[1]): „Auch im römischen Recht sind die Realkontrakte stets Konsensualkontrakte gewesen, weil es Realkontrakte überhaupt nicht geben kann." Ferner leugnen den Fortbestand Förster,[2]) Heyse, Keller, Storch, Danckwardt und Arndts. Storch und Danckwardt verwerfen die Realverträge deshalb, weil sie dem deutschen Rechtsbewusstsein und der deutschen Volksüberzeugung fremd seien. Sie motivieren die Ablehnung der Realverträge durch die moderne Formlosigkeit der Verträge, welche Ansicht treffend von Unger[3]) und Demelius widerlegt ist. „Aus der Verbindlichkeit des blossen Konsenses folgt heutzutage noch keineswegs die Nichtexistenz der Realkontrakte. Denselben Standpunkt verteidigen auch Brinz,[4]) Dernburg, Sohm, Windscheid, Eisele und Adler.

Von den Partikulargesetzen huldigen besonders das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch, das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch und das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten der Realauffassung. Hier nehmen besonders Förster-Eccius[5]) und Dernburg den Standpunkt der Realvertragstheorie ein. Ausserdem haben die Revisoren in den Motiven zu §§ 141, 442 des Entwurfs eines Allgemeinen Landrechts es ausdrücklich

[1]) Reinhold, Die Natur d. sog. Realvertr. 1888, S. 31.

[2]) Förster, Theorie u. Praxis d. Pr. Pr.-R., 4. Aufl., Bd. I, S. 394; Bd. II, S. 235; Heyse, Grundriss eines Systems d. gem. Zivilr., Heidelberg 1807, S. 43 f.; Keller, Pand., 1861, § 222; Storch, a. a. O.; Danckwardt, Nationalökonomie u. Jurisprudenz, Heft 3, S. 63 f.; Arndts, Pand., 8. Aufl., 1874, § 232, Nr. 4.

[3]) Unger, a. a. O., S. 1 ff.; Demelius, a. a. O., S. 400.

[4]) Brinz, Pand. II, § 248; Krit. Bl., Bd. I, S. 18 f.; Dernburg, Pand., Bd. II, § 8; Sohm, Instit., § 79, Anm. 3; Windscheid, Pand. II, § 312, Anm. 5; Eisele, a. a. O., S. 1 ff.; Adler, a. a. O., S. 203.

[5]) Förster-Eccius, Pr. Pr.-R. II, § 135 ff.; Dernburg, Pr. Priv.-R. II, § 176.

ausgesprochen, dass die Natur der Realkontrakte nicht habe verloren gehen können, weil sie zu tief in der Sache selbst begründet sei.

Gegen die Realauffassung hat sich der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts[1]) gerichtet, wonach heute alle Verträge zu Konsensualverträgen geworden seien; in den hier in Betracht kommenden Artikeln[2]) ist ersichtlich das vertragliche Moment in den Vordergrund gestellt. Auch das Schweizerische Obligationenrecht ist auf dem Standpunkt der Konsensualtheorie. Hier entspringen die Verpflichtungen schon aus der blossen Willensübereinstimmung, was sich aus dem Gesetzestexte deutlich ergibt. Doch mit Recht macht hier Adler[3]) dem schweizerischen Gesetzgeber den Vorwurf, die res nur als Gültigkeitserfordernis, nicht aber die andere inhaltsvollere Bedeutung der res als Qualitätserfordernis erfasst zu haben. Der Gesetzgeber hat hier zwar formell die Realverträge beseitigt, ihre praktische Bedeutung haben diese jedoch weiter behalten. Wenn es daher der Gesetzgeber der Wissenschaft frei überlässt, im speziellen Falle zu entscheiden, ob ein Real- oder Konsensualvertrag vorliegt, und er selbst sich nicht auf knappe, unklare und manchmal vielleicht gar nicht zutreffende Definitionen versteift, so kann ihm das nur zum Verdienst angerechnet werden.

Unter der oben angeführten Bedeutung der res und der Auffassung der Realverträge überhaupt wird auch für das Bürgerliche Gesetzbuch ein Gegensatz zwischen Real- und Konsensualverträgen haltbar sein. Eine Entscheidung, ob es noch Realverträge gebe, ist der Wissenschaft überlassen worden.[4]) Auch nach BGB. bleibt bestehen, dass

[1]) Protokolle zum Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts, Bd. I, S. 198 ff. u. 243 ff., 1866.

[2]) Dresdener Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts, Art. 523, 598, 732.

[3]) Adler, a. a. O., S. 216.

[4]) Motive II, S. 306, 444, 569 f.; Prot. II, S. 269, 392.

in den Fällen der Realverträge die Uebergabe einer Sache das materielle Erfordernis zur Begründung einer Schuldverpflichtung bildet. Dementsprechend ist die Fassung des BGB. in den §§ 598, 607, 688 so gewählt, dass alle gesetzlich gegebenen Ansprüche und Verpflichtungen den Vollzug der Uebergabe voraussetzen. Von den im römischen Recht vorkommenden Realkontrakten mutuum, depositum, commodatum, pignus muss jedoch das pignus hier ausscheiden, da das BGB. den Pfandvertrag von andern Gesichtspunkten aus betrachtet als das römische Recht und ihn deshalb nicht im „Recht der Schuldverhältnisse", sondern im „Sachenrecht" behandelt. Jedenfalls ist aber auch hier die Hingabe der res zur Bestellung des Pfandrechts notwendig, und insofern könnte man auch hier von einem Realvertrag reden. Leihe, Darlehen und Verwahrung gehören also auch heute noch zu der Kategorie der Realverträge.

B. Die Realverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch.

1. Leihe.

In dem ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war als Entleiher nur derjenige bezeichnet, welcher eine Sache zum unentgeltlichen Gebrauch bereits empfangen hat, als Verleiher nur derjenige, der die Sache bereits hingegeben hat (549); derjenige, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat, wurde vom Verleiher unterschieden (550, 551). Die II. Kommission[1]) dagegen war der Meinung, dass die Frage, ob der Leihvertrag als ein Realvertrag aufzufassen sei, im Gesetzbuch nicht entschieden werden könne, sondern der Wissenschaft zu überlassen sei, dass aber vom Standpunkt des Gesetzgebers aus es richtiger sei, die Scheidung zwischen dem Verleiher und demjenigen, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat, zu vermeiden und den Leihvertrag einheitlich zu be-

[1]) Protokolle II, S. 269.

handeln. Der in Frage kommende § 598 BGB. lautet folgendermassen:

„Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten."

Hier vertritt die in der Theorie herrschende Meinung den Standpunkt der Realauffassung.[1]) Sie zieht als Beweis für ihre Richtigkeit den Wortlaut selbst heran. Das Wort „gestatten" zeigt, entgegen der Absicht der II. Kommission, an, dass die Uebergabe bereits vollzogen ist; wenn es heisst: den Gebrauch zu gestatten, dann muss notwendige Voraussetzung für den Empfänger die tatsächliche Lage sein, eine Einwirkung auf die Sache vornehmen zu können. In dem Worte „gewähren", das bei der Definition der Miete vorkommt, liegt dagegen nicht bloss eine Gestattungspflicht, sondern eine weitergehende Ueberlassungs- und Erhaltungspflicht des Vermieters, eine Unterscheidung, die von Dernburg[2]) als „spitzfindig" bezeichnet ist. Auch die Ansicht Kipps, der in dem Worte „gestatten" eigentlich nur eine vorherige Hingabe sieht, aber als einen Verleiher sowohl denjenigen bezeichnet, der eine Hingabe zugesagt hat, als auch denjenigen, der die Sache bereits hingegeben hat, scheint mir dadurch widerlegt zu sein, dass das Gesetz stets von „geliehenen" oder „verliehenen" Sachen spricht, woraus deutlich hervorgeht, dass eine Hingabe bereits vollzogen sein muss.

Auch aus inneren Gründen kann eine Analogie mit der Miete nicht durchschlagend sein. Während nämlich

[1]) Planck, Komm, z. BGB., Vorbem. I zu § 598; Oertmann, Komm. z. BGB., Vorbem. II zu § 598; Staudinger, Vorbem. zu § 598; Dernburg, Bürgerl. R., Bd. II, § 230, 2; Fischer-Henle, Bem. I zu § 598; F. Endemann, Bürgerl. R. I, § 183; Matthias, Bürgerl. R. I, § 120; Engelmann, Lehrb. d. Bürgerl. R., S. 301.

A. A. Cosack, Bürgerl. R., § 141, 3; Kipp, Zus. z. Windscheids Pand. II, S. 591; Stintzing, Die Vorverpfl. im Geb. d. Schuldv., Jena 1903.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. II, § 231.

die Leihe in der Gebrauchsgestattung und Rückgabe wesentlich aufgeht, entspringen bei der Miete weitere Pflichten, besonders die der Zinszahlung, die nicht erst Folge der Ueberlassung sein können, schon deshalb nicht, weil sie möglicherweise — s. den Fall des § 552 BGB. — auch ohne vorgängige Ueberlassung in Aktivität treten können. Der Teil der Pflichten aus der Miete, der denen bei der Leihe entspricht (die Pflichten zur dauernden Gebrauchsgestattung und Rückgabe) tritt als aktuell auch bei ihr erst mit der Hingabe ein. Vermietet zum Beispiel A. dem B. ein Buch, so kann A. dem B. den Gebrauch des Buches erst dann gestatten, wenn B. es bereits in Händen hat. Ebenso kann B. das Buch dem A. nur dann wieder herausgeben, wenn er es vorher empfangen hat. Enthielte nun die Miete keine weiteren Pflichten, so möchte kein Unterschied gegenüber der Leihe in dem hier besprochenen Punkte bestehen. Aber daraus würde nicht folgen, dass die Leihe Konsensual-, sondern dass auch die Miete Realvertrag würde. Sie ist dies nicht, weil sie auch andere, konsensuale Bestandteile hat: nämlich die Willensübereinkunft der Parteien dahin, dass der Vermieter dem Mieter den Gegenstand übergeben soll und letzterer den Zins für den Gebrauch des Gegenstandes entrichten soll. Hier bei der Miete geschieht die Hingabe des Mietsgegenstandes solvendi causa als Ausfluss des Konsenses; und auch die Verpflichtung zur Zahlung des Mietszinses, die als Hauptverpflichtung des Mieters anzusehen ist, da sie, wie schon oben erwähnt, nicht erst von einer vorherigen Hingabe des Gegenstandes abhängig zu sein braucht, entsteht lediglich consensu. Bei der Leihe fehlen diese konsensualen Bestandteile durchweg, und so ist kein Bedürfnis vorhanden, ihr den Charakter eines reinen Realvertrages streitig zu machen. Die Leihe ist demnach auch heute noch in dem oben dargelegten Sinne der gemeinrechtlichen Terminologie als Realvertrag anzusehen.

2. Darlehen.

Der Wortlaut des § 607 BGB. über das Darlehen ist folgender:

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem andern Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen."

Auch hier geht klar hervor, dass sich die zu gründenden Verpflichtungen erst an die Empfangnahme der Valuta knüpfen. Ebenso die herrschende Meinung[1]) gegen Kohler, der die notwendig reale Natur des Darlehens im Bürgerlichen Gesetzbuch bestreitet. Auch die Verkehrsauffassung betrachtet als Anfang des Dahrlehens unzweifelhaft die Hingabe und Annahme der Valuta. Jede andere Auffassung ist gekünstelt und entspricht nicht dem gesunden Volksbewusstsein. Auch § 607 Abs. 2 BGB. steht dem nicht entgegen. Die Vorschrift wird damit begründet, dass ihre Aufnahme in das Gesetz durch die Vorsicht geboten sei. Durch sie wird der Gläubiger, der mit der Darlehensklage auftritt, gegen den Einwand des Schuldners sicher gestellt, ein Darlehen, welches begriffsmässig die Ueberlassung einer individuell bestimmten Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum voraussetze, habe er nicht erhalten, und es sei deshalb die auf ein unrichtiges Fundament gestützte Klage abzuweisen. Es ist ohne die Vorschrift keineswegs zweifellos, ob der

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2, § 234, 1; Engelmann, a. a. O., S. 286; Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 607; Oertmann, Vorbem. 2 zu § 607: Planck, Vorbem. 3 zu § 607; Staudinger, Vorbem. 2 zu § 607; Cosack, Bürgerl. R., Bd. I, § 142, III; Crome, Bürgerl. R., § 247, Nr. 3b; Enneccerus, § 362; F. Endemann, Bürgerl. R. I, § 184; Matthias, Bürgerl. R., § 121.

Gegen Kohler im Archiv f. Bürgerl. R., Bd. 33, S. 1 ff., und Höniger, Archiv f. Bürgerl. R., Bd. 33, S. 278 ff.

Schuldner mit einem solchen Einwand zurückgewiesen würde. Der Fall ist zu häufig und wichtig, als dass der Gefahr nicht vorgebeugt werden müsste.[1]) Gegen die konsensuale Begründung des Darlehens spricht auch die spezielle Behandlung des Vertrages über Hingabe eines Darlehens in § 610 BGB. Wäre das Darlehen als Konsensualvertrag gedacht, so hätte der Gesetzgeber hier auch die auf die Hingabe gerichteten Pflichten in die charakteristischen Darlehensverbindlichkeiten einbeziehen können.

3. Verwahrung.

Der grundlegende § 688 lautet:

„Durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren."

Auch hier ist es der Wortlaut des Gesetzestextes, der deutlich hervorblicken lässt, dass eine Uebergabe der Sache Voraussetzung sein muss, dass Rechte und Pflichten erst mit der vollzogenen Hingabe zur Entstehung gelangen können. Auch hier ist die herrschende Meinung auf dem Standpunkt der Realauffassung.[2]) Nach Cosacks Ansicht hat der Verwahrungsvertrag nicht mehr ausschliesslich als Realvertrag zu gelten, jedoch der Wortlaut des § 689 lässt gegen die Konsensualauffassung Stellung nehmen. Hier ist von einer Vergütung für die tatsächliche Verwahrung gesprochen, nicht als ob sie ein Aequivalent für die Verpflichtung der Uebernahme der Aufbewahrung sei. Die Annahme eines gegenseitigen Vertrages scheint mir schon dadurch widerlegt zu sein, dass

---

[1]) Crome, Die partiarischen Rechtsgesch., S. 71; Motive II, S. 312.

[2]) Staudinger, Vorb. 2 zu § 688; Planck, Vorbem. 1 zu § 688; Oertmann, Vorbem. 1 zu § 688; Fischer-Henle, Bem. 2 zu § 688; Engelmann, S. 303; F. Endemann I, § 185; Dernburg, Bürgerl. Recht II, S. 319; Matthias, Bürgerl. Recht, § 126.

Gegen Cosack, Bürgerl. R. I, § 154, 3.

der Hinterleger durch einseitige Rücknahme auf die Höhe des Aequivalents beliebig Einfluss ausüben könnte. Das ist doch aber sehr bedenklich. Man wird daher auch bei der Verwahrung an der Realauffassung festhalten müssen.

Leihe, Darlehen und Verwahrung sind also auch für das Bürgerliche Recht noch Realverträge in dem Sinne der gemeinrechtlichen Auslegung. Es ist, wie wir gesehen haben, besonders der peinlich gewählte Wortlaut, wie die Auffassung des Verkehrs, die für die Beibehaltung dieser Art von Verträgen sprechen, zwei Momente, die ihrerseits wieder auf die geschichtliche Entwicklung zurückgehen.

II. Teil.

Kann ein Vorvertrag in Verbindung mit dem ihm folgenden Realvertrag als einheitlicher Konsensualvertrag aufgefasst werden?

A. Allgemeines.

Nachdem wir so ein Fortbestehen der Realverträge im heutigen Bürgerlichen Recht festgestellt haben, könnte noch folgendes fraglich sein: hat es noch einen Sinn, ist heute noch ein Bedürfnis vorhanden, dann, wenn der Hingabe einer Sache zu Leihe usw. bindende Verabredungen vorausgegangen sind, diese pacta von dem Realkontrakt getrennt zu halten, anstatt sie mit demselben zu einem Geschäft, welches dann Konsensualkontrakt wäre, zu verschmelzen?

Diese Frage kann ohne ein genaueres Eingehen auf Natur und Zweck der pacta de contrahendo auf gründliche Weise nicht beantwortet werden. Ehe wir uns dazu wenden, sei dieses nur vorweg bemerkt: solcher Zusammenziehung in ein Geschäft steht jedenfalls die Empfehlung nicht zur Seite, dass auf diese Weise das Recht vereinfacht, die Zahl der verschiedenen Kontraktsfiguren verringert werden würde. Denn man kann dadurch weder den Realkontrakt beseitigen, der dann immer noch dort vorkommt, wo bindende Abreden vor der Hingabe nicht stattgefunden haben, noch auch die pacta de contrahendo, denn diese kommen auch bei Konsensualkontrakten vor. Vielmehr wird gerade das Gegenteil dadurch erreicht: man erhält eine doppelte Gestalt des mutuum, depositum, commodatum, was vermieden wird, wenn man das mutuum und das pactum de mutuo

dando usw. getrennt hält. Allem Anschein nach beruht die Ansicht, dass auf Realkontrakte bezügliche pacta de contrahendo mit jenen zu einem einheitlichen Geschäfte zusammengezogen werden können, teils auf unklaren, teils auf unrichtigen Vorstellungen über die Natur der sog. Vorverträge.

1. Begriff des Vorvertrages.

Nach Thöl,[1]) der das Wort „Vorvertrag" für das schwerfällige pactum de contrahendo vorgeschlagen hat, bezeichnet Vorvertrag einen Vertrag vor einem Vertrag, d. h. einen Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, der einen zukünftigen Vertrag verspricht. Nach Degenkolb[2]) ist der Vorvertrag ein Vertrag, aus dem die Verpflichtung entspringt, beim Abschlusse eines zweiten Vertrages in entsprechender Weise mitzuwirken. Er wendet sich gegen die Definition Thöls und macht darauf aufmerksam, dass mit Thöls Ausdrucksweise der wahre Inhalt nicht genug bezeichnet ist.[3]) „Es entsteht dadurch der Schein, als habe der aus dem pactum de contrahendo Obligierte durch seine Erklärung, den Hauptvertrag zu schliessen, den Vertragsschluss zu vollenden, seine Leistung müsse also schlechthin in der Akzeptation der von ihm dem Promissar zu machenden Offerte bestehen." Ich glaube, dass hier nur eine ungenaue Ausdrucksweise Thöls vorliegt, die jedoch eine sachliche Unrichtigkeit der Auffassung, wie Degenkolb zu meinen scheint, nicht entstehen lässt. Das Wort „Vorvertrag" ist, wie schon erwähnt, von Thöl vorgeschlagen worden und hat sich auch in der Wissenschaft eingebürgert. Andere Ausdrücke wie „Vertragsberedung" und „Vorverpflichtung" usw. konnten nicht festen Fuss fassen.

---

[1]) Thöl, Handelsr. I, 2, § 246, Anm. 4.
[2]) Degenkolb, a. a. O., S. 17.
[3]) Degenkolb, a. a. O., S. 8.

Stintzing,[1]) der das pactum de contrahendo als „Vorverpflichtung" bezeichnet, wendet sich gegen den Ausdruck „Vorvertrag" besonders deswegen, weil er eine zu grosse Selbständigkeit supponiert, die dem pactum de contrahendo nicht eigentümlich ist, zumal ein solches auch einen einzelnen Bestandteil des Vertrages, also auch die einzelnen im Vertrage enthaltenen Festsetzungen bedeutet. Thöls Benennung ist jedoch die herrschende geworden. Der Annahme Schlossmanns,[2]) dass konsequenterweise Vorverträge bei allen nur möglichen Geschäften vorkommen könnten, kann m. E. nur entgegengehalten werden, dass eine Beschränkung auf Verträge und zwar auf die besondere Gruppe der obligatorischen Verträge in der Literatur üblich ist.[3]) „Nicht nur Zweckmässigkeitsrücksichten, wie Degenkolb[4]) meint, sondern das Gesetz juristischer Begriffsbildung nötigt uns hierzu, denn es fehlt durchaus an Rechtssätzen, wodurch diese weite Masse (erg.: der Geschäfte, bei denen Vorverträge vorkommen können) gemeinschaftlich sich von allen andern Rechtsgeschäften unterschiede. Der lateinische Name bietet insofern einen Anlass zum Tadel, als er an sich nicht bloss die Zusage des contrahere mit dem Promissar, sondern auch mit einem Dritten umfassen würde. Aber letzterer Fall muss abgesondert bleiben, denn der ökonomische Zweck dieser Verträge, der sehr mannigfach sein kann, ist ausnahmslos ein anderer, als bei den ersteren; die juristischen Besonderheiten, die wir von diesen aussagen können, fehlen bei den pacta de contrahendo cum tertio. Hier kommt uns übrigens für die Terminologie in der Tat eine Gewöhnung unserer Literatur zu Hilfe, die, soweit ich sehe, unter pacta de contrahendo schlechtweg durchgängig nur an die Verträge über contrahere mit dem Promissar selbst denkt.

---

[1]) Stintzing, a. a. O., S. 9.
[2]) Schlossmann, a. a. O., S. 16.
[3]) Göppert, Krit. Vierteljahresschr., Bd. 14, S. 404.
[4]) Degenkolb, a. a. O., S. 21.

2. Abgrenzung gegen ähnliche Rechtserscheinungen.

Vorverhandlungen, Reden und Gegenreden, kommen im täglichen Leben bei allen Arten von Geschäften vor, nicht nur bei obligatorischen Verträgen. Diese Vorverhandlungen sind jedoch nicht immer juristisches Tatbestandsmoment, sondern nur vorbereitende Handlung. Dadurch jedoch, dass der Vorvertrag eine Verpflichtung entstehen lässt, hebt er sich aus dem Begriff der Vorverhandlungen ab. Jene anderen Vertragsunterhandlungen oder Beredungen haben mit dem Vorvertrag nur das gemeinsam, dass sie eine vorbereitende Funktion in Hinsicht auf den abzuschliessenden Vertrag haben, selbst aber keinerlei bindende Wirkung erzeugen. Treffend ist die Bemerkung Thöls[1]: „Was nur besprochen und beredet ist, ist nicht versprochen und verabredet, dictum ist nicht promissum". Zu diesen Vertragsunterhandlungen oder Beredungen gehören zunächst die Traktate.

a) „Traktate[2]) sind die Besprechungen der Parteien über einen einzugehenden Vertrag, welche einen bestimmten festen Willensentschluss der Erklärenden nicht enthalten." Der Inhalt dieser Traktate kann ein sehr verschiedener sein: Erkundigungen über die Geneigtheit zur Stellung eines Antrags oder zur Abänderung eines gestellten Antrags, kurz, ein Hin- und Herverhandeln, durch welches keine der verhandelnden Personen verpflichtet wird.

b) Der Ausdruck „Punktation" wird in verschiedenem Sinne gebraucht. Immer bezieht er sich auf die Niederschrift einer Vereinbarung, die der Vollkommenheit noch entbehrt. Die Unvollständigkeit kann betreffen:

1. Die materielle Uebereinkunft. Die Punktation enthält die Aufzeichnung nur derjenigen Punkte, über welche unter den Parteien ein Einverständnis erzielt

---

[1]) Thöl, a. a. O., § 62, Anm. 1.

[2]) Regelsberger, in W. Endemanns Handb. d. Handelsr., Bd. II, § 243.

ist. Die Niederschrift an sich verleiht dem Geschäft jedoch kein höheres Mass rechtlicher Geltung.

2. Mit einem formellen Mangel behaftet ist die Vereinbarung dann, wenn der materiell vollständige und schriftlich fixierte Vertrag zur Wirksamkeit einer gesetzlich vorgeschriebenen Form bedarf.

Die Unterscheidung zwischen verbindlichen Vorverhandlungen (Vorverträge) und unverbindlichen (Traktate, Punktation) gestaltet sich häufig sehr schwierig. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dieser Unsicherheit durch Auslegungsregeln, die es in § 154 aufstellt, in gewisser Weise ein Ende gemacht.

c) Vom bedingten Vertrag unterscheidet sich der Vorvertrag dadurch, dass bei jenem der Vertragstatbestand gegeben ist, zur rechtlichen Wirksamkeit nur das Hinzukommen eines bestimmten Ereignisses erforderlich ist. Beim Vorvertrag zu einem Vertrag dagegen ist dieser noch gar nicht existent, es bedarf erst eines neuen Rechtsgeschäfts, um den beabsichtigten Hauptvertrag zur Entstehung gelangen zu lassen.

d) Die neuerdings hervorgetretene Ansicht, die den Vorvertrag mit der einseitig bindenden Offerte identifiziert,[1]) muss m. E. schon aus dem einfachen Grunde zurückgewiesen werden, dass bei der Offerte nur ein Vertragselement da ist, nämlich das Angebot, während das andere Vertragselement, die Annahme, fehlt, somit ein Vertrag gar nicht da ist. Letzteres aber ist im Gegenteil beim Vorvertrag der Fall, denn er präsentiert sich als vollkommen perfekter Vertrag. Den Versuch Brinz',[2]) eine zeitlich begrenzte Offerte als ein pactum de contrahendo zu bezeichnen, hat Göppert[3]) treffend zurückgewiesen: „Die Parteien haben hier (erg.: bei der Offerte) die mit dem Wesen des pactum de contrahendo unvereinbare Absicht, dass demnächst durch die Erklärung des Oblaten

[1]) Schlossmann, a. a. O., S. 6 ff.
[2]) Brinz, Pand. I, S. 1580.
[3]) Göppert, a. a. O., S. 406.

der Hauptvertrag ohne weitere Rückäusserung des Offerenten unmittelbar perfekt, die beiderseitige Verpflichtung direkt begründet sein soll."

3. Formerfordernisse und Inhalt.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge vorhanden. Es gibt jedoch auch Ausnahmen von diesem Grundsatz, bei derartigen Verträgen ist entweder zu ihrer Gültigkeit einfache Schriftlichkeit oder öffentliche Beglaubigung oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben. Auch steht es im Parteibelieben, für jedes Geschäft, zu dessen Abschluss gesetzlich kein Formzwang besteht, eine bestimmte Form in Anwendung kommen zu lassen. Die Wirkung, die die Nichtbeachtung der Form nach sich zieht, ist in § 125 BGB. ausgesprochen:

> „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge."

Dieses Prinzip der Formlosigkeit mit seinen Ausnahmen durch Gesetz oder Willkür der Parteien beherrscht auch den Vorvertrag. Hierbei wird jedoch mehr die durch die Parteien gewillkürte Form eine Rolle spielen, da das Gesetz m. W. von einem unter Formzwang gestellten Vorvertrag nirgends spricht.

Inwieweit die Formerfordernisse des Hauptvertrages auf den Vorvertrag übertragen werden müssen, ist schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft Gegenstand einer Kontroverse gewesen, die auch für das Bürgerliche Gesetzbuch mangels von Bestimmungen nicht wird beseitigt werden können.

Man ging zunächst von der ratio der für den Hauptvertrag aufgestellten Form aus und suchte so eine Lösung der Frage, welche Formvorschriften auf den Vorvertrag zu übertragen seien, herbeizuführen. Gerber[1]) unter-

[1]) Gerber, System des Deutschen Privatrechts, § 164.

scheidet zwischen Formvorschriften, welche die Perfektion im Interesse der Partei erschweren und allen übrigen. Regelsberger[1]) macht einen Unterschied zwischen Formvorschriften, die auf den Willen der Parteien einwirken sollen und denen, welche nur im Interesse sicherer Konstatierung des bestehenden Willens erlassen sind. Beide Unterscheidungen kommen in ihrer Durchführung praktisch auf folgenden Gesichtspunkt hinaus, nämlich auf die Unterscheidung derjenigen Formvorschriften, die zur Verhütung von Uebereilung ergangen sind, und allen anderen. Jene gelten gemeinsam für Haupt- und Vorvertrag, diese dürfen nicht ohne weiteres von dem Hauptvertrag auf den Vorvertrag übertragen werden. Gegen diese Ansichten wendet sich Degenkolb[2]): „Ist die Konstatierung des Willens nicht ebenso sehr im Interesse der Partei als ihre Bewahrung vor Uebereilung? Wenn das Privatinteresse den Ausschlag gibt, warum führt es nur hier zur Uebertragung der Formrequisite vom Haupt- auf den Vorvertrag, nicht dort?" Er ist der Ansicht, dass von den Formvorschriften alle diejenigen von Haupt- auf Vorvertrag übertragen werden müssen, welche einen von der Rechtsgemeinschaft von sich aus erstrebten Erfolg zu sichern bestimmt seien: dies, nicht das von Regelsberger und seinen Vorgängern vorausgesetzte Parteiinteresse für sich scheint der richtige Grund für die verschiedene Behandlung der von ihnen genannten Kategorien von Formvorschriften. Die Ansicht Adlers[3]) scheint mir bezüglich dieser Frage am treffendsten. Er betont, dass, wenn man den Vorvertrag nicht in seiner vorbereitenden Funktion zum Hauptvertrage, sondern in seiner Stellung als völlig selbständigen Vertrag im Auge hat, eine geradezu „klassische Unabhängigkeit der Gültigkeits-, sowie der übrigen Erfordernisse von Vor- und Hauptvertrag bestehe". Das richtige liegt m. E. in folgendem: wenn z. B. das

---

[1]) Regelsberger, Zivilrechtl. Erörter., Bd. I, S. 139 ff.
[2]) Degenkolb, a. a. O., S. 38.
[3]) Adler, a. a. O., S. 224.

Gesetz für die Bürgschaftserklärung (BGG. § 766) schriftliche Form vorgeschrieben hat oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu einem Vertrage über das gegenwärtige Vermögen (§ 311 BGB.), über den künftigen gesetzlichen Erbteil (§ 312, Abs. 2 BGB.), über die Eigentumsübertragung an Grundstücken (§ 313 BGB.) usw. verlangt, so werden wir als den Zweck des Gesetzes erkennen, die Parteien durch den Formzwang zu ernster Ueberlegung anzuhalten. Würde die Form bei dem Vorvertrage nicht beobachtet werden, so wäre die Partei durch den unter Umständen ohne alle Ueberlegung eingegangenen Vorvertrag gezwungen zum Abschluss des Hauptvertrages. „Der Zweck des Gesetzes wäre vereitelt, die Form des Harptvertrages wäre nicht mehr, wie der Gesetzgeber es wollte, ein bei der Begründung der Verpflichtung mitwirkender Faktor,[1]) sondern eine leere Hülle, der durch den Vorvertrag der Kern weggenommen wäre.“ Es liegt hier eine Umgehung des Gesetzes, ein „in fraudem legis agere“ vor, denn wenn das Gesetz für den Hauptvertrag eine bestimmte Form verlangt, damit dadurch der Wille des Kontrahenten sich nicht plötzlich, sondern in einer gemässigten Weise entwickle, so kann diese Form die ihr vom Gesetz gegebene Funktion, auf die Willensentschliessung einzuwirken nicht erfüllen, falls ein formlos abgeschlossener Vorvertrag zum Abschluss des formellen Hauptvertrages drängt und sich hierbei eine allmähliche und überlegte Willensbildung nicht entfalten kann. „Es wäre eine völlige Umkehrung der Rechtsvernunft, wenn der Versprechende ohne die von der Rechtsordnung gesetzte Sicherung gebunden wäre; die Annahme, dass der Gesetzgeber, wenn er für die Herbeiführung eines Rechtserfolges auf direktem Wege gewisse Kautelen und Garantien aufstellt, durch eine Hintertür den Zwang ohne die gedachten Voraussetzungen wieder einführen wolle, verbietet sich von selbst.“[2]) In diesem

[1]) Rath, Jos., Vorverträge nach BGB., Erlangen 1906.

[2]) Willy Wommelsdorf-Friedrichsen, „Vorverträge und Realkontrakte“, Jena 1908, S. 32.

Falle also, wo event. ein formloser Vorvertrag eine Umgehung der Absicht des Gesetzes herbeizuführen im Stande wäre, wird eine Uebertragung der Form auf den Vorvertrag als notwendig erscheinen.

Ist die Form für ein bestimmtes Geschäft von einer Partei festgesetzt, so wird man auch hier wieder zunächst von dem Grundsatz ausgehen müssen, dass die Selbständigkeit des Vorvertrages eine Uebertragung der Formerfordernisse von Haupt- auf Vorvertrag als nicht erforderlich erscheinen lässt. Es wird somit auch hier auf Grund des formlosen Vorvertrages auf Abschluss eines formellen Hauptvertrages geklagt werden können. Entspricht jedoch dieses nicht dem Parteibelieben, was von Fall zu Fall besonders wird untersucht und ausgelegt werden müssen, so wird auch hier in dem einen oder anderen Falle eine Uebertragung der Formerfordernisse als notwendig erscheinen und die Rechtsordnung, die einmal eine von den Parteien gewillkürte Form für Rechtsgeschäfte zugelassen hat, wird dieses auch hierbei nicht ignorieren können und eine Durchbrechung des Prinzips von der Formlosigkeit der Verträge durch Parteiverfügungen auch hierbei zulassen müssen.

Unsere Vorverträge folgen ausschliesslich ihren eigenen Regeln und, soweit für sie selbst besondere Rechtssätze nicht bestehen, den allgemeinen Regeln über Schuldverträge. Was sie von andern Verträgen unterscheidet und ihnen dadurch ein gewisses Charakteristikum gibt, ist ihr Inhalt, der auf ein contrahere abzielt, oder genauer auf das Mitwirken zum Abschluss des Hauptvertrages. Der Gegenstand des Vorvertrages ist also in juristischer Hinsicht das contrahere; infolgedessen muss, nach dem allgemeinen Grundsatz, dass der Gegenstand bestimmt sein muss, auch aus dem Vorvertrage sich ergeben, welcher Art das contrahere ist. „Das versteht sich natürlich von selbst, dass die Art des Vertrages bestimmt sein muss."[1]) Es wird ferner, da der Inhalt des

[1]) Göppert, a. a. O., S. 417.

Hauptvertrages hinreichend bestimmt sein muss, die Frage aufzuwerfen sein, inwieweit der Vorvertrag, um genügend bestimmt und damit gültig zu sein, von dem Inhalt des Hauptvertrages in sich aufnehmen muss. Dies lässt sich jedoch ein für allemal nicht fest normieren, sondern kann nur von Fall zu Fall entschieden werden. Regelsberger[1]) vertritt folgende Ansicht: „Im Vorvertrag muss der Inhalt des Hauptvertrages soweit festgestellt sein, dass die Art und das Mass der durch den Hauptvertrag zu schaffenden Belastung einer Partei nicht von der unbeschränkten Willkür des Gegners abhängt." Aehnlich gestaltet sich die Ansicht Dernburgs[2]): „Das pactum ist natürlich nur dann bindend, wenn aus ihm der Inhalt des abzuschliessenden Geschäftes im Streitfalle richterlich bestimmt werden kann." Wir werden also sagen können, der Inhalt des künftigen Vertrages muss soweit bestimmt sein, dass die Höhe der in dem contrahere enthaltenen Belastung des Promittenten nicht lediglich von der unbeschränkten Willkür des Promissars abhängt. Der Vorvertrag muss also den Hinweis darauf enthalten, welches der Gegenstand des Hauptvertrages sein soll. Dass die Höhe der im Hauptvertrage in Frage kommenden Leistung bestimmt ist, ist nicht erforderlich, es genügen Anhaltspunkte, die eine Bestimmung konstruieren lassen. Hier werden die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstandes (§§ 315 ff.) in Betracht kommen müssen. Falls die Leistung nach dem Ermessen des einen Vertragschliessenden bestimmt werden soll, wird im Zweifel die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen, und falls die Bestimmung objektiv unbillig ist, durch richterliches Urteil zu ersetzen sein. In einem Darlehensvertrag z. B. — pactum de mutuo dando — ist die Höhe des zu gewährenden Darlehens genügend bestimmt, wenn ein Darlehen zugesichert wird in der Höhe

---

[1]) Regelsberger in W. Endemanns Handbuch des Handelsr., S. 418, 2. Ebenso Sintenis, Praktisch gem. Zivilr., Bd. II, S. 249.

[2]) Dernburg, Pand. II, § 10; Bürgerl. R., Bd. II, 1, § 83.

der Kosten des nach bestimmten Plänen durchzuführenden Anbaues an das Hauptgrundstück. Ferner wird man unbedenklich in einem Vorvertrag zu einem Kaufvertrag als Kaufpreis den jeweiligen Markt- oder Börsenpreis bezeichnen können, bei einem Bierlieferungsvertrag genügt zur Bezeichnung des Quantums, wenn man den jeweiligen Bedarf eines bestimmten Wirtshauses zu liefern oder abzunehmen verspricht.

4. Ort und Zeit der Leistung.

Bei der Frage nach dem Ort der Leistung werden zunächst die Bestimmungen im Vorvertrage selbst massgebend sein. Falls dort von derartigen Bestimmungen keine Rede ist, werden die allgemeinen Regeln über Schuldverträge in Anwendung kommen. Es werden nach § 269, Abs. 1 zunächst die Umstände ergeben müssen, welches der Ort der Leistung zu sein hat: z. B. Pflügen eines bestimmten Ackers, die Reparatur eines Gebäudes usw. Ergibt sich jedoch aus den Umständen nichts, so wird der Ort der Leistung derjenige sein, an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. (§ 269, Abs. 1 BGB.)

Auch für die Zeitbestimmung, wann geleistet werden muss, sind zunächst die Parteivereinbarungen massgebend, dann kommen die Umstände in Betracht, aus denen event. eine Leistungszeit entnommen werden kann, und, falls beides nicht vorliegt, ist der Gläubiger berechtigt, die Leistung sofort zu verlangen, der Schuldner kann sie sofort bewirken (§ 271 BGB.). Wenn jedoch letzteres der Fall ist, nämlich der Gläubiger sofort fordern, der Schuldner sofort bewirken kann, wird uns der Vorvertrag als ein inhaltsloses juristisches Gebilde erscheinen. Denn, da Vorverträge abgeschlossen werden, um jemand schon jetzt für die Zukunft zu binden, der durch den Vorvertrag zu schliessende Vertrag jedoch gleich darauf abgeschlossen wird, so ist dadurch der Zweck des Vorvertrages verfehlt, und er kommt uns demnach als überflüssig vor. Es wird daher der Begriff „Umstände“ m. E. sehr weit aufgefasst

werden müssen, um diese Rechtsfigur des Vorvertrages nicht verloren gehen zu lassen. Aus den Umständen wird von Fall zu Fall entnommen werden müssen, welcher Zeitpunkt tür die Leistung in Betracht kommt, und hier wird wieder der im § 315 BGB. aufgestellte Massstab in Anwendung gebracht werden können, dass die Zeitfestsetzung objektiv der Billigkeit entsprechen muss.

5. Ziel des Anspruchs aus einem Vorvertrage und gerichtliche Durchführung desselben.

Die Vorverträge haben in vielen Beziehungen Anlass zu Meinungsverschiedenheiten gegeben. Streitig war vor allem die Frage, ob aus einem Vorvertrag wirklich eine Klage auf Abschluss des Hauptvertrages oder nur eine Klage auf das Interesse entspringe. Degenkolb[1]) nennt mit Recht diese Frage eine Existenzfrage bezüglich der Vorverträge. „Wirkt der Vorvertrag, wie so viele in alter und neuer Zeit lehren, lediglich einen Anspruch auf Leistung des Interesse am contrahere statt eines Anspruchs auf Leistung des contrahere selbst, so ist der Vorvertrag zu bestimmen nicht als Vertrag auf Vertragsschluss, sondern als Vertrag auf Leistung einer in bestimmter Weise abzuschätzenden Summe, falls das contrahere nicht erfolgen sollte." Einer der heftigsten und energischsten Gegner dieser Ansicht ist Brinz.[2]) Er ist der Meinung, das contrahere widerstrebe um seines spezifischen Inhalts willen der Einschnürung in das vinculum iuris des Schuldverhältnisses, denn das facere des Vertragsschlusses sei ein naturaliter nicht erzwingbarer Gegenstand. Die Gründe, die Brinz für seine gegenteilige Ansicht anzuführen weiss, sind jedoch nicht stichhaltig. Er stützt sich auf Stellen, so besonders auf l. 68, D. verb. obl. (45, 1): quod si ita stipulatus fuero; pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest, — die scheinbar die Richtigkeit seiner Auf-

[1]) Degenkolb, a. a. O., S. 42.
[2]) Brinz, Pand., § 364.

fassung beweisen, in Wahrheit aber aus dem Geldkondemnationszwang des römischen Rechts zu erklären und deshalb der neueren Rechtsentwickelung gegenüber veraltet sind. Die Ansicht von Brinz, die Worte: id quod interest wollen sagen, der Vertragsabschluss sei nur in solutione und nicht in obligatione, man könne mit andern Worten nur auf das Interesse belangt werden, ist auch von Vangerow und Regelsberger[1]) geteilt worden. Allein mit Recht ist ihnen entgegengetreten worden. Die Worte: id quod interest wollen durchaus nicht besagen, dass dieses der Gegenstand des Anspruchs ist, es ist „das etwaige prozessuale Resultat der Stipulation. Dass aber hier das prozessuale Resultat jeweils nach dem Geldwert beurteilt wird, beruht auf dem bekannten Prinzip der Geldkondemnation, welches das klassische römische Recht beherrscht."[2]) Ausserdem können als Beleg dafür, dass das id quod interest nur dasjenige ist, in was dieser Anspruch bei der condemnatio umgesetzt wird, verschiedene Stellen angeführt werden, bei denen gar kein Zweifel obwalten kann, dass die Obligation einen Anspruch auf Erfüllung gewährt. Der Irrtum, in dem sich Brinz befindet, wenn er behauptet, dass der Begriff contrahere jeden Zwang, den direkten wie den indirekten ausschliesst, besteht darin, „dass er den Inhalt der Rechte identifiziert mit dem, was auf Grund derselben im Wege des Prozesses schliesslich erreichbar ist".[3]) Für die vorliegende materiellrechtliche Frage können jedoch Gründe, welche die praktische Undurchführbarkeit der naturalen Kondemnation und Exekution betreffen, nicht verwertet werden, denn die „Art des Rechtszwanges ist nur von untergeordneter Bedeutung".[4]) Für unser heutiges Recht ist auch das Bedenken bezüglich des contrahere nicht nur als Obli-

---

[1]) Vangerow, Pand., Bd. III, § 567, Anm. 2; Regelsberger, Zivilrechtl. Erörter. I, S. 130, 131.

[2]) Kohler, Zivil. Abh., S. 52, 53.

[3]) Göppert, a. a. O., S. 410.

[4]) Degenkolb, a. a. O., S. 46.

gations-, sondern auch als Kondemnations-, ja sogar Exekutionsobjekt geschwunden. Da eine Regelung der Vorverträge durch das BGB., wie schon erwähnt, nicht vorhanden ist, werden auch bezüglich dieser Frage die allgemeinen Grundsätze genügen, um die vorerwähnte Streitfrage mit Sicherheit zu entscheiden. Der § 241 bestimmt:

> „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen."

Die Leistung kann demnach jedes Tun sein, das nicht besonders ausgenommen ist. „Inhalt der Leistungspflicht kann jeder rechtlich anerkannte Obligationszweck sein, der durch eine Handlung des Schuldners sich verwirklichen lässt."[1]) Das Kontrahieren stellt sich nun lediglich als eine Abart des Tuns dar, kann mithin auch Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein. Aus einem Vorvertrage geht daher lediglich der Anspruch auf Mitwirkung beim Hauptvertrage hervor, und hierauf wird man klagen. Dieses unterliegt heute keinem Zweifel und wird von der herrschenden Meinung anerkannt.[2]) Dagegen kann eine sofortige Interesse- und Ersatzklage nur dann zugestanden werden, wenn die hierfür vom Gesetz verlangten Voraussetzungen erfüllt sind. Es werden demnach bei gegenseitigen Vorverträgen, d. h. bei Vorverträgen, durch die sich beide Parteien binden, die §§ 325 ff. in Anwendung kommen müssen; wenn also der eine Kontrahent den Umstand der Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, wird der andere Kontrahent von vornherein nach § 325 auf sein Interesse, nach § 326 wird er unter den gegebenen Voraussetzungen auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagen. Bei einseitigen Vorverträgen, d. h. bei Vorverträgen, durch die sich nur ein Kontrahent

---

[1]) Endemann, Bürgerl. R. I, S. 578.

[2]) Endemann, Bürgerl. R. I, S. 618; Cosack, a. a. O., S. 307 usw.

bindet, werden die Vorschriften der §§ 280 ff in Anwendung kommen. Es sind also nur ganz einzelne Möglichkeiten im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgezählt, bei denen in erster Linie auf das Interesse geklagt werden kann; es wird somit angenommen, dass es stillschweigend die von der herrschenden Lehre aufgestellte Meinung billigt.

Eng verknüpft mit der Frage, welches das Ziel des Anspruchs ist, scheint mir die Art und Weise der gerichtlichen Durchführung des Anspruchs. Hier werden die allgemeinen Regeln der ZPO. in Anwendung kommen. Die Klage ist bei einem auf Hingabe gerichteten Vorvertrage zu richten auf Auszahlung der Darlehnssumme, auf Hingabe des Buches usw.; denn hierin besteht das Mitwirken zum Abschluss des Realvertrages. Da jedoch der Realvertrag nicht lediglich durch die res zustande kommt, sondern durch die res, gefolgt und durchdrungen vom consensus, so müsste notwendigerweise auch auf Abgabe einer Willenserklärung geklagt werden und diese nach § 894 ZPO. als mit der Rechtskraft des Urteils für abgegeben gelten.

Folgerichtig hat auch Windscheid[1]) die Ansicht aufgestellt, dass zwei Akte erforderlich seien, d. h. erstens ein Urteil gemäss § 894 ZPO., welches das konsensuale Element, den Uebertragungswillen, herstelle, und zweitens, da der Vollzug durch Uebertragung erforderlich sei, die Erwirkung der Herausgabe nach §§ 883 ff. ZPO. Demnach würde der Klageantrag in näherer Ausführung etwa so lauten müssen, wenn wir das Darlehen zum Beispiel nehmen:

den Beklagten zu verurteilen,

1. die zur Erklärung des Konsenses von seiner Seite erforderliche Einwilligung zu geben und
2. die zugesagte Summe als Darlehen zu zahlen.

---

[1]) Windscheid, Pand. I., § 175.

Wie jedoch Kipp[1]) in eingehender Ausführung dargetan hat, will der § 894 ZPO. in seinem Gebiete ausschliesslich herrschen, nicht aber die für andere Fälle gegebenen Vollstreckungswege durchkreuzen. Ein komplexer Tatbestand wie der Realkontrakt, der als Elemente ein konsensuales und ein reales Moment enthält, kann daher niemals teilweise durch die Fiktion des § 894, teilweise auf anderem Wege hergestellt werden. Vielmehr soll nur eine einheitliche gleichzeitige Vollstreckung eines Realvertrages in Frage kommen, und es steht nunmehr zur Wahl, ob auf das Willensmoment oder auf das tatsächliche Moment der Nachdruck gelegt werden soll.[2]) Die reale Hingabe muss aber jedenfalls dabei in Rechnung gezogen werden, da sie caput und fundamentum des Realkontraktbegriffes ist. Infolgedessen muss für die zweite Alternative entschieden werden. M. E. ist dies auch ohne Bedenken. Denn ist es nicht bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen (§ 883 ff.) auch der Gerichtsvollzieherakt, der den Uebertragungswillen des Schuldners ergänzt, so dass der Konsens spätestens mit der Auslieferung an den Gläubiger hergestellt ist? Der etwaige Einwand des Schuldners, dass die Sache ohne seine Zustimmung und daher ohne rechtfertigenden Grund in die Hand des Gläubigers geraten sei, wäre einfach zu ignorieren, denn wie sollte sonst eine Zwangsvollstreckung überhaupt durchgeführt werden können?[3])

Gegen den Einwand des Beklagten, dass durch Wegnahme des Gegenstandes und Uebertragung desselben an den Kläger, der Anspruch auf Rückgewähr nicht entstehen würde, ist übrigens zu bemerken, dass es als genügend erachtet werden muss, wenn die Klage den Antrag enthält, den Beklagten für schuldig zu erkennen, die betreffende Sache zur Leihe herauszugeben oder die be-

[1]) Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtshandlungen, S. 77 ff.

[2]) Kipp, a. a. O., S. 79.

[3]) Schlossmann, in Iherings Jahrb., Bd. 45, S. 83.

treffende Geldsumme als Darlehen zu bezahlen, und wenn dies auch im Urteilstenor zum Ausdruck kommt. Dieser individualisierende Zusatz im Urteilstenor bringt neben der Leistung auch die Willensmeinung des Leistenden, die Sache zur Leihe usw. zu geben, und begründet so genügend den Anspruch auf Rückgewähr. Die Willensmeinung des Klägers, die Sache zur Leihe oder das Geld als Darlehen annehmen zu wollen, ist durch Erhebung der Klage und durch deren Fortsetzung genügend dokumentiert.

Für die gerichtliche Durchführung des Anspruchs aus einem Vorvertrag zu einem Realvertrag wird also die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen nach § 883 ff. ZPO. in Betracht kommen. Von einer Verschmelzung von Vorvertrag und Realvertrag zu einem Konsensualvertrag kann hier nicht gesprochen werden. Denn eine Identifizierung des consensus, der in dem Vorvertrage steckt, mit dem consensus des Realvertrages, wozu man folgerichtig kommen müsste, ist, wie bald dargelegt werden soll, nicht durchführbar. Den Vorvertragsgedanken abzulehnen und das durch den Vorvertrag zustande gebrachte Darlehens-, Leih- oder Verwahrungsgeschäft mit dem Vorvertrag als verbundene Einheit anzusehen, erscheint vom wirtschaftlichen Standpunkt gerechtfertigt. Durchgreifende rechtliche Gesichtspunkte, worauf es hier allein ankommt, ergeben sich jedoch hieraus nicht.

Bei Vorverträgen zu Konsensualkontrakten stützt sich die Exekution auf § 894 ZPO., wonach mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung diese als abgegeben zu betrachten ist.

B. Vorverträge zu Realverträgen.

Eins der bestrittendsten Gebiete in der Vorvertragslehre ist seine Anwendungsmöglichkeit vor Konsensualverträgen. Man sagte hier, da der Vorvertrag seinem Inhalte nach hinlänglich bestimmt sein und daher die Essentialen des künftig abzuschliessenden Hauptvertrages

in bindender Weise enthalten müsse, so sei durch den vermeintlichen Vorvertrag der Vertragswille rücksichtlich des Hauptvertrages bereits als ein gegenwärtiger Vertragswille vollständig gesetzt und rechtsgültig erklärt, wenn für den Abschluss des Hauptvertrages keine besondere Form noch die Hingabe einer Sache erforderlich ist. Diese Frage näher zu prüfen, würde jedoch hier zu weit führen, da wir nur zu untersuchen haben, ob Vorverträge in Verbindung mit den ihnen folgenden Hauptrealverträgen als Konsensualverträge zu gelten haben. Zwei Hauptvertreter dieser letzten Ansicht sind Storch und Schlossmann. Storchs[1]) Ansicht gipfelt in den Worten: „Die zur Begründung einer realen Darlehensobligation erforderliche conventio ist identisch mit demjenigen consensus, welchen das gemeine Recht mit dem von ihm erfundenen Ausdruck: pactum de mutuo dando zu bezeichnen pflegt." Derselben Ansicht huldigt auch Schlossmann.[2]) Beide identifizieren also den consensus, der in dem Realvertrag steckt, mit dem consensus des Vorvertrages. Storch[3]) konstruiert ferner zwischen conventio und res ein Verhältnis wie zwischen Seele und Leib, Geist und Substanz. „Indem das Gemeine Recht das sog. pactum de mutuo dando zur selbständigen Klagbarkeit erhob, nahm es diese Trennung (erg.: von conventio und res) vor, ohne jedoch zu erkennen, dass es damit dem Realvertrage mutuum gewissermassen die Seele aus dem Leibe riss und den Leib, das entgeistigste Geben, Zwang, ein wesenloses Gespensterdasein im Reich der Gesetzgebung und Wissenschaft weiter zu führen und, wo immer es erscheint, Verwirrung und Streit hervorzurufen." Storch hat vollkommen unsere Zustimmung, wenn er den Standpunkt vertritt, res und consensus müssen beim Realvertrag notwendigerweise vorhanden sein. Wenn er jedoch behauptet, dass ein dem Realvertrag vorangehendes pactum de contra-

---

[1]) Storch, a. a. O., S. 28.
[2]) Schlossmann, a. a. O., S. 36.
[3]) Storch, a. a. O., S. 36.

hendo diesem den consensus entziehe, so scheint er m. E. zu falschen Schlüssen zu kommen; denn die conventio, die in dem Vorvertrag steckt, ist inhaltlich von der conventio des Realvertrages verschieden.

Die conventio beim Realvertrag bezieht sich auf die Rückgabe des Hingegebenen, die conventio des Vorvertrags jedoch geht auf ein contrahere, das in einer Zusage auf Geben oder auf Nehmen oder auf Beides bestehen kann. Dem „Leib" des Realvertrages, nämlich dem Geben, bleibt daher die „Seele", der consensus; denn durch den Vorvertrag wird der Realvertrag, wie wir gesehen haben, keineswegs des ihm innewohnenden consensus beraubt.

Man hat ferner versucht, den Vorvertrag aus logischen Gründen zu verwerfen, indem man behauptete: „die Bindung des Willens, seinen Willen zu binden, sei ein logischer Pleonasmus".[1]) Mit Recht wendet sich gegen diese Ansicht Degenkolb,[2]) indem er behauptet, dass Storch sowohl wie Geller eine wahrnehmbare Eliminierung der Willenserklärung aus dem contrahere zu Gunsten einseitiger Betonung des „abstrakten" des geistigen Vorgangs blossen „Wollens" vornehmen. In Wahrheit ist der Gegensatz des Vorvertragsschlusses zu dem Hauptvertragsschluss nicht ein Gegensatz des „gegenwärtigen und zukünftigen Wollens als eines abstrakten, rein geistigen Vorganges", sondern ein Gegensatz gegenwärtigen und zukünftigen Handelns: denn die Erklärung selbst ist Handlung und als solche nicht bloss „Zeichen" eines Willens oder gewolltes Zeichen, sondern sich vollendende materielle Verfügungstat. Gegen die prinzipielle Möglichkeit der Vorverträge zu Realverträgen ist auch Stintzing,[3]) wenn er behauptet: „Durch die Vorverpflichtung zu einem sog. Realvertrag büsst dieser seine Natur

---

[1]) Storch, a. a. O., S. 60 ff.; Geller, im Oesterr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis, Heft 3.

[2]) Degenkolb, a. a. O., S. 71 ff.

[3]) Stintzing, a. a. O., S. 63.

ein.“ Doch ist es mit der inneren Natur der Realverträge, wie wir sie oben entwickelt haben, durchaus nicht unvereinbar, wenn vor der Leistung erst auf die Hingabe bezügliche Rechte und Pflichten vereinbart werden, denn Objekt des Vorvertrages ist contrahere, Objekt des Realvertrages reales Leisten. Der Realvertrag tritt erst mit der res in die rechtliche Existenz, während der Vorvertrag seine gewöhnliche Erledigung mit der Hingabe erfährt. Die selbständige Stellung der Vorverträge im Bereiche der andern Verträge, wie die rechtliche Eigenart der Realverträge lassen aus logischen Gründen einen das Ganze umfassenden einheitlichen Vertrag nicht aufkommen. Mithin werden wir eine Trennung von Vorvertrag und Realvertrag stets anerkennen. Die Anhänger der entgegengesetzten Theorie haben allzusehr das ökonomische Resultat im Auge, das eine Partei aus einem Rechtsgeschäft hat. „Die Partei hat eine Geschäftsabsicht, nicht eine Rechtsgeschäftsabsicht, ihre Absicht erschöpft sich in einem wirtschaftlichen oder äusseren Erfolg,“ sagt mit Recht Degenkolb,[1]) und als Konsequenz solcher Anschauungen zeigt sich die einseitige Erfassung des letzten Ziels der Parteien unter vollständiger Ausserachtlassung der zu ihm führenden Wege. Derartige Anschauungen wirtschaftlicher Natur sind jedoch nicht imstande, die Möglichkeit juristischer Konstruktion zu vereiteln und an den Grundlagen des Rechtssystems zu rütteln.

Doch nicht schon dadurch, dass eine Geschäftsfigur aus logischen Gesichtspunkten nicht zu verwerfen ist, gewinnt sie volle Bedeutung, sondern erst dann, wenn sie eine praktische Brauchbarkeit in sich birgt, die sie nicht als lediglich scholastisches Gebilde erscheinen lässt. Zwei extreme Standpunkte, die hierbei vertreten werden, sind die von Suffrian[2]) einerseits und Schlossmann[3]) und Storch andererseits.

---

[1]) Degenkolb, a. a. O., S. 73.
[2]) Suffrian, pactum demutuo dando, S. 3.
[3]) Schlossmann, a. a. O., S. 36; Storch, a. a. O.

Suffrian behauptet, dass dem Darlehensvertrag, da er Realvertrag sei, wie allen Realverträgen ein den Realvertrag vorbereitender Konsensualvertrag vorangehen müsse. Es werde sehr oft geschehen, dass Konsensualvertrag und Realvertrag tatsächlich zusammenfallen, sie müssten jedoch rechtlich streng von einander geschieden werden. Schlossmann dagegen behauptet, den Vorvertrag habe in Wirklichkeit jemand ebensowenig zu sehen bekommen, wie der „erzählende Seefahrer die grosse Seeschlange". Suffrian übersieht die völlige Selbständigkeit des Vorvertrages. „Der Vorvertrag bildet aber niemals eine unentbehrliche Voraussetzung des Hauptvertrages."[1]) Ein wahrer Vorvertrag ist also auch der, welcher auch fehlen kann.

Die Parteien, die zu einem Vorvertrag greifen, wollen aus ganz bestimmten Gründen den Hauptvertrag in der Gegenwart nicht. Der wirtschaftliche Zweck ist der einen oder der andern Partei zur Zeit vielleicht nicht passend, für die Zukunft aber von Vorteil und wünschenswert. Warum soll einem Kreditbedürftigen nicht insofern ein Mittel gewährt werden, als er z. B. nach einer bestimmten Zeit die Hingabe des Darlehens gerichtlich erzwingen kann! Warum sollte ich nicht heute schon jemand verpflichten können, zur Zeit meiner Abreise, die in 14 Tagen erfolgen soll, einen kostbaren Gegenstand in Verwahrung zu nehmen usw.! Warum die Rechtsordnung diese Vorverträge nicht respektieren sollte, ist unersichtlich. Die Vorverträge sind „Sicherungsgeschäfte".[2]) „Sie sind ein brauchbares Mittel, um uns Dienstleistungen, Absatz für unsere Waren, Befriedigung irgend welcher möglicher Bedürfnisse für die Zukunft zu sichern". Sie sind also aus dem Bedürfnisse des Verkehrslebens fliessende Rechtsfiguren und nicht müssigen Launen entsprungen, weshalb sie auch vom Recht nicht ignoriert werden dürfen. Sie schaffen durch ihre Natur das, was sich beim Haupt-

[1]) F. Endemann, § 106, Anm. 12.
[2]) Eiseler, a. a. O., S. 24; ebenso Göppert, a. a. O., S. 420.

vertrage oft nur durch besondere Klauseln oder nur mit Unsicherheit erreichen lässt. Das Bestreben, den Vorvertragsgedanken abzulehnen und das ganze Verhältnis als Konsensualvertrag aufzufassen, wird darauf zurückzuführen sein, dass der durch den Vorvertrag zustande gebrachte Realvertrag wirtschaftlich als eine mit dem Vorvertrage verbundene Einheit erscheint, was wiederum zur Folge haben wird, dass das Darlehensversprechen, ebenso wie Leihe- und Verwahrungsversprechen schon so hoch bewertet werden müssen wie die eigentliche Hingabe, da „Treu und Glauben" (§§ 157, 242 BGB.) ein gesetzlich sanktionierter und wichtiger Faktor ist. Rechtliche Gesichtspunkte können sich jedoch daraus nicht ergeben. Wir haben somit eine strenge Scheidung zwischen Vorvertrag und Realvertrag, die von der herrschenden Meinung des heutigen Bürgerlichen Rechts anerkannt wird.[1]) In § 610 des BGB. ist übrigens der Darlehensvorvertrag anerkannt, was seiner hervorragenden Bedeutung im Verkehr zuzuschreiben ist, denn andernfalls hätte der Gesetzgeber auch ihn weglassen können, gleich dem pactum de deponendo und dem pactum de commondando, deren Existenzmöglichkeit sich aus den allgemeinen Regeln ergibt und auch anerkannt wird.

Fassen wir unsere bisherigen Betrachtungen noch einmal kurz zusammen, so haben wir folgendes Resultat: Der Unterschied zwischen Real- und Konsensualverträgen besteht für das Bürgerliche Recht fort, wofür besonders die Verkehrsauffassung und die Geschichte ausschlaggebende Faktoren sind. Theoretisch ist der Gegensatz insofern von Bedeutung, als bei Anerkennung eines solchen die Frage erörtert werden muss, inwieweit selbständige Vorverträge anzuerkennen sind und welchen Regeln sie folgen, wie wir es oben zu zeigen versucht haben.

---

[1]) Endemann, Bürgerl. R., §§ 104, 106; Dernburg, Bürgerl. R., §§ 234, 1; Planck, Oertmann, Staudinger zu § 610; Entsch. Seufferts Arch. 63, Nr. 132.

III. Teil.

Praktische Konsequenzen der verschiedenen Auffassungen.

Haben wir bisher gesehen, dass der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen für das Bürgerliche Recht theoretisch durchaus von Wichtigkeit ist, so wollen wir nun weiter prüfen, ob der Gegensatz auch hinsichtlich der praktischen Konsequenzen der einen oder der anderen Auffassung Verschiedenheiten aufweist.

Bei einem realen Darlehensvertrag geschieht die Hingabe der Valuta nicht solvendi, sondern contrahendi causa. Dass der Darlehensnehmer hier aus dem blossen Darlehensvertrag keinen Anspruch auf Auszahlung der Valuta hat, ist demnach selbstverständlich. Nach der Konsensualauffassung ist es natürlich, dass ein solcher Anspruch vorhanden ist, denn hier erfolgt die Uebergabe der Valuta solvendi causa.

Wie verhält es sich, wenn diesem reinen Realvertrag ein pactum de mutuo dando vorangeht, bezüglich der Abtretung des Anspruchs aus diesem Vorvertrag? Nach § 398 BGB. kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Der Anspruch aus dem pactum geht jedoch auf contrahere, die Abtretung kann sich aber nur auf die einzelne Forderung beziehen, nicht auf das ganze Rechtsverhältnis, der Eintritt einer andern Person in das gesamte Schuldverhältnis ist vielmehr nur unter Zustimmung aller Beteiligten zulässig, besonders des Schuldners. Ein blosser Abtretungsvertrag kann also dort nicht genügen, wo der Eintritt in bestimmte Rechte mit diesen Rechten verknüpfte Verpflichtungen nach sich zieht. Schon von

diesen Gesichtspunkten aus kann eine Abtretung des Anspruchs nicht möglich sein.

Nach § 399 BGB. kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn eine Leistung an einen andern als an den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Es kann also insbesondere die Forderung auf Auszahlung eines Darlehens nicht abgetreten werden, da ihr Inhalt durch die Person des Darlehensschuldners, zumal durch seine Kreditwürdigkeit wesentlich bestimmt wird. „So wenig der Gläubiger sich einen andern Schuldner aufdrängen zu lassen braucht, so wenig braucht jemand sich einen neuen Gläubiger gefallen zu lassen, da, wo die Realisierung des Gläubigerrechts dazu führt, den Gläubiger (aus dem pactum) zum Schuldner (aus dem Realkontrakt) zu bekommen.“[1]) Wer z. B. aus einem Vorvertrag zum Leihvertrag verpflichtet ist, einem andern, den er als solventen, vertrauenswürdigen Mann kennt, einen wertvollen Gegenstand zu leihen, wird die Hingabe zur Leihe an einen Dritten, dem der Anspruch aus dem Vorvertrage abgetreten wurde, verweigern können, wenn dieser weniger solvent und weniger vertrauenswürdig in der Richtung ist, dass er die ihm obliegende Sorgfalt bei Benutzung und Behandlung des Leihgegenstandes beachten werde. Beim pactum de commodando jedoch ist die Frage der Zessibilität von geringerer Bedeutung, weil dem Kommodanten das Eigentum verbleibt, während beim Darlehen die Uebergabe der Valuta zu Eigentum des Empfängers geschieht.

Nach der Konsensualauffassung unterliegt eine Zession keinerlei Bedenken, so dass hier ein wesentlicher Unterschied zwischen Real- und Konsensualtheorie zu finden ist. Von den Fällen der Unzedierbarkeit, das wäre noch zu erwähnen, ist wohl zu unterscheiden der Fall, dass der aus dem Vorvertrag Verpflichtete auf Anweisung des Versprechensempfängers an einen Dritten leistet, der Ver-

[1]) Eisele, S. 39; ebenso Lammfromm, Teilung-, Darlehen-, Auflage- und Umsatzvertrag, 1897, S. 212.

sprechensempfänger jedoch Schuldner des im Vorvertrag Verpflichteten wird.

Die Literatur des Bürgerlichen Rechts verneint, ihrer Stellung entsprechend, ebenfalls die Möglichkeit einer Zession des Valutaanspruchs[1]) und erkennt nur die Ueberweisung an, wobei der Empfangsberechtigte also stets vom Ueberweisenden abhängig ist und kein Recht erwirbt.

Von einigen wird jedoch der Anspruch für zedierbar erklärt, was dem Einfluss zweier Urteile des Reichsgerichts zuzuschreiben ist, die eine Zedierbarkeit auch nach der Realauffassung für zulässig erklärt haben.[2])

Beim Realvertrag wird der dem Geschäft eigentümliche Pflichtenkomplex durch die Realleistung begründet, welche das Klagefundament bildet. Anders bei den Konsensualverträgen. Bei ihnen wird lediglich auf Grund des Konsenses geklagt, das reale Moment kommt hier nur insofern zur Bedeutung, als es conditio existens für die Rückgabe ist. Man wird also sagen müssen: zur Substantiierung der Darlehensklage muss Einigung und Uebergabe behauptet werden, zur Substantiierung einer Mietsklage z. B. genügt die Behauptung der Willenseinigung. Beim Erlass eines Versäumnisurteils tritt dieses scharf hervor. Nach der Realauffassung wird ein Urteil ergehen, wenn tatsächliche Leistung behauptet worden ist, während nach der Konsensualauffassung dieses nicht dargelegt zu werden braucht. Selbstverständlich kann einer nicht zur Rückgabe einer Mietssache verurteilt werden, die er gar nicht empfangen hat. Doch bei den Konsensualverträgen wird die Uebergabe erst auf die exceptio non impleti contractus des Beklagten hin eine notwendig zu beweisende Tatsache sein.

Ein weiterer praktischer Unterschied der verschiedenen Auffassungen zeigt sich auch in folgendem

[1]) Staudinger zu § 399; Oertmann zu § 399; Schollmeyer, S. 364; Endemann, § 171, Anm. 9; Enneccerus, § 302.

[2]) ERG. 32, 90, 1893; ERG. 38, 83, 1897; Scherer zu § 607; Dernburg, Bürgerl. R., Bd. II, 1, § 136, Anm. 11; Enneccerus, § 276.

Falle: A. hat dem Hypothekenmakler B. eine Provision von 1 % für Beschaffung einer Hypothek auf A.'s Grundstück, d. h. eines Darlehens gegen hypothekarische Sicherheit versprochen. Es fragt sich, wann B. die Provision verdient hat. Nach der herrschenden Ansicht kommt das Darlehen erst mit der Hingabe des Darlehensbetrages zustande. Erst in diesem Augenblick hat B. also auch die Provision verdient (§ 652 BGB.). Nach der andern Ansicht dagegen ist der Darlehensvertrag schon mit der Einigung des A. und des Darlehensgebers geschlossen. Hier ist demnach der Anspruch auf die Provision nicht bedingt durch die Auszahlung der Darlehenssumme.

Wer den Standpunkt der Realvertragstheorie einnimmt, muss ferner auch die Aufrechnung der Forderung aus dem pactum de mutuo dando gegen eine Kaufpreisforderung für unzulässig halten. Denn Gleichartigkeit der Leistungen ihrem Gegenstande nach ist notwendige Voraussetzung der Aufrechnung (§ 387 BGB.); der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando geht aber auf Abschluss des Realvertrages, ist somit keine Geldforderung und kann daher gegen die Kaufpreisforderung nicht aufgerechnet werden. Abgesehen davon würde es mit dem Zweck des Darlehens in direktem Widerspruch stehen, sollte der Darlehensgeber aufrechnen können. Denn der Kapitalist würde dadurch den Darlehensnehmer zwingen können, das Geld gerade für die Tilgung der betreffenden Gegenforderung zu verwenden, und das wäre nicht in Einklang zu bringen mit der Grundbestimmung des Darlehens, welches dem Darlehensnehmer in der Verwendung des Geldes freie Hand lassen will. Dass hier bei der Konsensualauffassung eine Kompensation nicht bestritten werden kann, liegt auf der Hand. Denn hier ist die Forderung des Darlehensnehmers eine Geldforderung, die des Darlehensgebers eine Kaufpreisforderung, also auch eine Geldforderung, mithin Gleichartigkeit und so Aufrechnungsmöglichkeit, eine ganz unsinnige aber notwendigerweise sich ergebende Konsequenz der Konsensualauffassung.

Da als Erfüllungsort, falls keine Parteibestimmungen getroffen sind, und ein Ort weder aus den Umständen, noch aus der Natur des Schuldverhältnisses sich ergibt, der Ort gilt, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, so wird nach der Realauffassung der Schuldner an dem Orte das Geld zurückzugeben haben, an dem er es empfangen hat (§ 269 BGB.). Nach der Konsensualauffassung wird, falls der Ort der Einigung und der Ort der Uebergabe der Valuta verschiedene Punkte sind, als Erfüllungsort nur der in Betracht kommen, an dem die Einigung zustande gekommen ist.

Verzögert A. die Annahme, so kann er nach der Realauffassung niemals in mora accipiendi kommen, da der Darlehensvertrag durch die Annahme erst zur Existenz kommt und diese Handlung noch gar nicht stattgefunden hat. Die Anhänger der Konsensualtheorie kommen wiederum zur entgegengesetzten Entscheidung.

Da der Realvertrag nicht lediglich durch res, sondern durch die res in engster Verknüpfung mit dem consensus zustande kommt, so kann auch eine gerichtliche Hinterlegung des Gläubigers den vermeintlichen Empfänger nicht verpflichten, da die nackte Uebergabe den Realvertrag nicht ausmacht. Nach der Konsensualauffassung wird die Hinterlegung eine Befreiung des Gläubigers herbeiführen müssen, während der Schuldner bereits durch den Konsens gebunden ist.

Schluss.

Das Resultat unserer Aufgabe ist also kurz zusammengefasst folgendes: der Gegensatz von Real- und Konsensualverträgen ist nicht nur ein theoretisch haltbarer für das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern beide Vertragskategorien weisen auch bezüglich ihrer praktischen Folgerungen wichtige Unterschiede auf. Deshalb ist auch der Grund dafür, dass man über Zweifel inbetreff der verschiedenen Auffassungen allgemein mit einer beiläufigen traditionellen Bemerkung hinweggeht, nicht der von Demelius[1]) angeführte: „dass sie in foro schwerlich Not machen". Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist der Unterschied sowohl theoretisch wie praktisch ein wichtiger; damit will aber nicht gesagt sein, dass die Realauffassung im Verkehrsleben immer die gesündere sein wird, besonders dann nicht, wenn vor den Realverträgen Vorverträge geschlossen worden sind; denn wirtschaftlich wird sich ein derartiger Vertrag in Verbindung mit dem Hauptvertrag als ein einheitlicher Akt darstellen und wo sich die Verkehrsauffassung in Gegensatz stellt zur juristischen Konstruktion, da werden „Treu und Glauben" eine wichtige Rolle spielen, der Richter wird sich bald der einen, bald der entgegengesetzten Auffassung anschliessen müssen. Doch unsere Aufgabe sollte es ja nicht sein, die praktisch günstigeren Resultate der einen oder der andern Theorie für den Verkehr nachzuweisen, sondern die theoretische und praktische Verwendbarkeit des Gegensatzes für unser heutiges Recht, und das glauben wir nachgewiesen zu haben.

---

[1]) Demelius, a. a. O., S. 399.

Lebenslauf.

Am 19. November 1888 wurde ich, Max Fraenkel, zu Ostrowo in Posen, als Sohn des Kaufmanns Emanuel Fraenkel und seiner Ehefrau Sarah, geb. Feldmann, geboren. Ich bin Preusse und jüdischer Konfession.

Von Ostern 1897 ab besuchte ich das Kgl. Gymnasium zu Ostrowo, das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Ich studierte sodann Rechtswissenschaft, und zwar ein Semester in Freiburg i. Br., drei Semester in Berlin und zwei Semester in Breslau.

Am 17. Oktober 1910 bestand ich zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 18. November 1910 das examen rigorosum.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 29. November 1910 bei dem Königlichen Amtsgericht in Lobsens in Posen, bei dem ich zurzeit beschäftigt bin.

Während meiner Studienzeit hörte ich Vorlesungen insbesondere bei den Herren Professoren DrDr. *Brie, Brunner, Eisele, Engelmann, Fischer, Gierke, Hellwig, Kohler, Schott, Wagner* und *Martin Wolff*. Allen diesen Herren, insbesondere Herrn Prof. Dr. Schott, spreche ich für ihre Anregungen und gütige Unterstützung meinen ergebensten Dank aus.